

CASAMENTO: INCURSÕES PELOS PLANOS DA EXISTÊNCIA E DA VALIDADE

MARCELO TSUNO

*Juiz de Direito, Pós-Graduando (nível mestrado) na
Faculdade de Direito da USP, sob orientação do Professor Roque Komatsu*.*

1) RESUMO

Parte este trabalho do princípio de que o casamento é um negócio jurídico, e não uma instituição, podendo, conseqüentemente, ser analisado à luz dos planos da existência, da validade e da eficácia.

Num primeiro momento, cuidamos de verificar a real natureza jurídica deste instituto, refutando os argumentos daqueles que o têm como um contrato. Abeberando-nos na doutrina alemã, que desenvolveu a categoria dos atos compósitos, concluímos que o casamento subsume-se perfeitamente na figura jurídica do acordo (*Vereinbarung*), que constitui uma espécie de negócio jurídico, tipificado por apresentar um feixe de interesses paralelos ou convergentes para um fim comum.

* Dedico, sempre e novamente, este trabalho à Professora Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, e ao meu orientador, Professor Roque Komatsu, que me abriu as portas do curso de pós-graduação.

A seguir, procedemos a uma análise do seu suporte fático nuclear, examinando os elementos que o compõem, sem os quais não se vivifica o negócio jurídico matrimonial. E a partir destes elementos, fizemos algumas incursões pelo plano da validade.

O primeiro destes elementos examinados, chamado categorial inderrogável, é a diversidade de sexos, que tem suscitado, de uns tempos para cá, e mormente no exterior, algumas questões, que põem em cheque o tradicional modelo de casamento, enquanto união entre um homem e uma mulher. Pusemos em destaque, assim, a questão do casamento homossexual, trazendo à tona a experiência norte-americana, e a questão do transexualismo, que encontrou guarida na legislação italiana, na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e em duas sentenças, ainda isoladas, no Brasil.

O segundo elemento nuclear examinado é a declaração de vontade que, conforme a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), constitui os *essentialia negotii*, ou seja, elementos sem os quais um determinado suporte fático resta insuficiente para ingressar no mundo jurídico como um negócio jurídico. Procedemos, em seguida, à decomposição analítica deste elemento, que é integrado pela vontade de ação (*Handlungswille*), pela vontade de declaração (*Erklärungswille*) e, finalmente, pela vontade negocial (*Geschäftswille*). Estas vontades, diferentemente da declaração, atuam estritamente no plano da validade, tornando nulo ou anulável um negócio jurídico. Cuidamos de verificar, no contexto deste quadro, as conseqüências da falta de qualquer uma destas vontades em relação ao negócio jurídico matrimonial, fazendo um estudo comparativo com legislações estrangeiras.

Derradeiramente, apontamos, como terceiro elemento de existência do casamento, a celebração por autoridade competente. Vislumbramos, no que se refere à localização estrutural deste elemento, três possibilidades, apenas: ou ele está no núcleo do suporte fático, constituindo um elemento de existência do casamento; ou ele está no suporte fático, mas não mais em seu núcleo, constituindo, assim, um requisito de validade; ou finalmente, ele está fora do suporte fático, constituindo um requisito de eficácia. Entendemos, ao analisarmos estas hipóteses,

que o único entendimento teórico possível é o de que a celebração compõe o suporte fático nuclear, constituindo, assim, um elemento de existência do negócio jurídico matrimonial. Inexistindo este ato essencial, um suporte fático que contenha declarações de vontade e a diversidade de sexos não é apto a adentrar o mundo jurídico como casamento. As duas outras hipóteses ventiladas, a nosso entender, esbarram na figura do concubinato, não sendo, portanto, de se aceitar.

2) FENOMENOLOGIA DA JURIDICIZAÇÃO; VISUALIZAÇÃO DO MUNDO JURÍDICO E DE SEUS TRÊS PLANOS (EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA)

Segundo Pontes de Miranda, é essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, os seguintes acontecimentos: (1) a elaboração da regra jurídica, que constitui um fato estritamente político; (2) a regra jurídica, que, ao contrário do que muitos pensam, é um fato do mundo político e que leva às raias do mundo jurídico; (3) o suporte fático a que ela se refere; (4) a incidência, quando o suporte fático ocorre; (5) o fato jurídico que daí resulta; (6) e, por fim, a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e demais efeitos.

A partir destas considerações, podemos vislumbrar, como constituinte do macrossistema, que é o mundo fático ou fenomênico, um microssistema, situado no plano lógico, denominado mundo jurídico. A distinção entre estes dois mundos reveste-se de fundamental importância ao trato científico do direito, pois, como alerta Pontes de Miranda, “por falta de atenção aos dois mundos muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito”¹.

O ponto de partida deste estudo centrar-se-á, em primeiro plano, na norma jurídica, sob um ponto de vista puramente formal, fazendo referência exclusiva a sua estrutura lógico-lingüística,

¹ Tratado de Direito Privado, tomo I, p. 3 e 4.

com desprezo, assim, de seu conteúdo específico. Cuidaremos, portanto, e precipuamente, ainda que em breves linhas, do estudo da teoria geral do direito, deixando o estudo da dogmática jurídica para ítems subseqüentes.

Sob o primeiro enfoque, a norma jurídica, considerada no seu arranjo lógico, “constitui uma proposição através da qual se estabelece que, ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático), a ele devem ser atribuídas certas conseqüências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos)”². Ela prevê, assim, “em abstrato e em geral, hipóteses de facto, classificadas por tipos e, ao mesmo tempo, orientadas segundo as directivas de uma valoração jurídica – hipóteses que, em terminologia técnica, são denominadas *fattispecie* –, e estabelece-lhes um tratamento apropriado, relacionando com elas, através de uma síntese normativa, como se fossem efeitos, situações jurídicas correspondentes”³.

Neste objeto de nossa atenção, devemos ressaltar, como elemento integrante de sua estrutura lógico-formal, a figura legal do fato, ou, como suso-aduzido, *fattispecie*. Nos sistemas jurídicos baseados na lei, como acontece nos direitos da família romano-germânica, o ordenamento prevê a ocorrência, no mundo fenomênico, de determinados fatos, descrevendo o que se pode chamar de figura do fato, ou hipótese legal do fato (em latim, *facti species*; em alemão, *tatbestand*). Nessa previsão, esclarece Junqueira de Azevedo, a lei se preocupa em dar somente as linhas fundamentais do fato, as quais considera necessárias e suficientes para a atribuição de efeitos, agindo, em sua descrição, tal e qual o caricaturista, em seus desenhos.

Uma vez concretizado no mundo fático aquele conjunto de caracteres, objeto de valoração jurídica, que constitui a hipótese legal da norma, esta incide imediatamente sobre ele, juridicizando-o, carimbando-o, na feliz expressão de Pontes de Miranda. Assim, “logo que se realiza, em concreto, um facto ou uma relação da vida social, que, enquadrado na sua moldura

² Marcos Bernardes de Mello; Teoria do Fato Jurídico; Plano da Existência; p. 37.

³ Emilio Betti; Teoria Geral do Negócio Jurídico; Tomo I; p. 17/18.

circunstancial, apresente os requisitos previstos e corresponda ao tipo de *fattispecie* contemplado, intervém a síntese, o nexo estabelecido pela norma, de um modo hipotético, entre aquele tipo de *fattispecie* e a correspondente disposição: isto é, produz-se a nova situação jurídica disposta em previsão”⁴.

O suporte fático, via de consequência, é um conceito do mundo dos fatos, pois “somente depois que se concretizarem no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, se poderá falar em conceitos jurídicos”⁵. É a ocorrência efetiva e suficiente do suporte fático de uma norma que desencadeia o fenômeno de sua incidência. Consiste a incidência num fenômeno de consequências inevitáveis, cifrado na saída da norma jurídica do plano lógico para o plano da experiência, lá apanhando o suporte fático no que ele possua de mais relevante, a fim de levá-lo ao mundo jurídico. A incidência, portanto, constitui o “efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico”⁶.

O mundo jurídico, como ilação necessária, é constituído de fatos jurídicos “e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático, quando concretizado no mundo dos fatos. Disto se conclui que a norma jurídica é quem define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico, possibilitando o nascimento de relações jurídicas com a produção de toda a sua eficácia, constituída por direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções e outras categorias eficaciais”⁷.

A juridicização de um suporte fático determina, assim, o seu ingresso no mundo jurídico, o que quer dizer que ele passa a ter existência jurídica. A existência de um fato jurídico *lato sensu* determina-se, pois, pela composição necessária e suficiente de seu suporte fático, apta a desencadear a eficácia legal ou nomológica de uma norma jurídica.

⁴ Emilio Betti; op. cit., p. 18.

⁵ Marcos Bernardes de Mello; op. cit., p. 53.

⁶ idem; p. 73.

⁷ idem; p. 37.

Estão vinculados à questão da suficiência do suporte fático os elementos denominados nucleares e completantes. Diferentemente, os elementos complementares, que “apenas complementam o núcleo, sem o integrarem, têm suas conseqüências quanto à validade ou à eficácia do fato jurídico, não quanto à sua existência”⁸. Compartilham, ainda, do suporte fático, elementos integrativos, que atuam no plano estritamente eficaz, isto é, “atuam apenas no sentido de que se produza a eficácia final do fato jurídico, sem interferir quanto à sua existência ou validade”⁹.

O suporte fático suficientemente composto, pode, no entanto, despontar deficiente, quer pela ausência de um elemento complementar, quer pela imperfeição de algum de seus elementos nucleares. À deficiência do suporte fático, diferentemente da insuficiência, atua no plano da validade. Contata-se, assim, via de conseqüência, que o plano da existência não se confunde com o plano da validade. Em termos concretos, isto quer dizer que um determinado fato pode existir juridicamente, mas ser inválido. O nulo, portanto, existe para o direito e pode, até mesmo, produzir efeitos.

3) CASAMENTO NO DIREITO ROMANO

Define Modestino, em célebre passagem do Digesto, o casamento com as seguintes palavras, *ad literam*: *Nuptice sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis uitae, diuini et humani iuris communicatio* (D. XXIII, 2, 1). Em sentido conforme é a definição que exsurge das Institutas, de autoria provável de Ulpiano: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens* (Inst. I, 9, 1).

Ambas as definições, como ressaltado por José Carlos Moreira Alves, “focalizam apenas a essência do casamento sob o aspecto

⁸ idem; p. 62.

⁹ idem, ibidem.

social, não lhe determinando, portanto, a natureza jurídica”¹⁰. Não é por outra razão que pontifica Max Kaser que “o *matrimonium* não foi encarado como uma relação jurídica, mas como um fato social, produtor de efeitos jurídicos reflexos; semelhantes, nesse aspecto, com a posse (*possessio*), que é, igualmente, um *factum*, que gera também efeitos jurídicos”.¹¹ Prossegue, ainda, este autor, dizendo que “os princípios referentes à celebração, dissolução e proteção do matrimônio não constituem uma regulamentação propriamente jurídica, mas que melhor se enquadram no campo da ética. A celebração do matrimônio não é um negócio jurídico, nem está ligada à observância de formas jurídicas. Seus pressupostos não estão ligados a uma comprovação estatal”¹².

Diante deste caráter vincadamente social do instituto, debatem os autores, já desde antanho, a natureza jurídica do casamento romano. Tendo como fundamento a palavra “coniunctio”, expressa na definição de Modestino, muitos autores foram induzidos a classificá-lo como um contrato de natureza consensual. Nesta linha, os glosadores o caracterizaram, a princípio, como um contrato sem fundo patrimonial (*contractus personarum*), em contraposição àqueles com fundo patrimonial (*contractus rerum*).

Ainda na linha contratual, os representantes franceses da Escola Culta, dentre os quais Cujácio, Duareno e Hotomano, tomaram o casamento como *species societatis*.¹³

Coube a um jurisconsulto alemão, Glueck, no início do século XIX, refutar a teoria contratualista, sob o argumento de que os romanos “jamais usaram a expressão *contractus* para designar ato jurídico de natureza pessoal”¹⁴. Com razão, portanto, aduz Fritz Schulz que “el matrimonio no es (como la sociedad) un contrato consensual, ya que no crea obligaciones sino más bien un *status*”¹⁵. O *contractus*, portanto, para os romanos, tinha necessariamente como conteúdo um objeto de comércio, que

¹⁰ Direito Romano II; p. 333.

¹¹ Citado por Álvaro Villaza Azevedo; Do Concubinato ao Casamento de Fato; p. 116.

¹² Idem.

¹³ cf. Moreira Alves; op. cit., p. 334.

¹⁴ cf. Moreira Alves; op. cit., p. 335.

¹⁵ Derecho Romano Clássico; p. 107.

deveria ser prestado por uma pessoa (*debitor*) a outra (*creditor*), ligadas por uma relação jurídica (*obligatio*). De todo incompatível, conseqüentemente, com a noção de casamento. Ao assunto, entretanto, retornaremos mais adiante, em tópico específico.

Antes de adentrarmos no estudo dos seus elementos, impende, ainda com fulcro nas definições suso-aduzidas, ressaltarmos que o casamento romano pressupunha a união entre um homem (*maris*) e uma mulher (*feminae*). Calcava-se, portanto, o matrimônio na diversidade de sexos dos nubentes, a qual representava, segundo Emilio Albertario, “un elemento socialmente rilevante per raggiungere la finalità etico-sociale del matrimonio: la procreazione dei figli”¹⁶. As uniões homossexuais, se porventura existentes, não se subsumiam à figura do casamento, justamente porque de todo incapazes de realizar este fim de procriação e de constituição de um núcleo social-familiar.

Quanto aos seus elementos constitutivos, eram eles dois: o subjetivo (*affectio maritalis*) e o objetivo (a convivência, a vida em comum). Consistia o primeiro dos elementos apontados, segundo difundida lição de Pietro Bonfante, na “intenzione permanente, continua di esser marito e moglie: la quale intenzione, appunto per questo suo carattere duraturo, non per ragioni di sentimento o altro, più che consensus, quando si voglia nettamente precisare, è detta *affectio maritalis* (o anche *uxoris*)”¹⁷.

O matrimônio romano, como aduz Bonfante, “non è come il nostro, un rapporto giuridico, stabilito dal consenso iniziale, al qual consenso iniziale, fonte d'uno stato indipendente dal perdurare delle volontà concordi, anche nei paesi ove il matrimonio è per certe cause dissolubile, si può ben dare il nome di contratto”. No Direito romano, portanto, diferentemente do direito moderno, em que basta o consentimento inicial como causa eficiente (*causa efficiens*) da relação jurídica matrimonial, que perdura no tempo até a morte ou o divórcio, o casamento iniciava-

¹⁶ “La Definizione del matrimonio secondo Modestino”, in Studi in Memoria di Aldo Albertoni; p. 245.

¹⁷ Istituzioni di diritto romano; p. 144.

se com o acordo de vontades e somente perdurava enquanto esse acordo continuasse a existir.

Por outro lado, o consentimento dos contraentes não despontava suficiente, por si só, quando um deles se encontrasse sob a *patria potestate*. Neste caso, fazia-se mister também o consentimento do *pater familias*, que podia ser compelido a consentir, caso se recusasse a fazê-lo injustificadamente, segundo um procedimento *extra ordinem* com fundamento em uma cláusula da *Lex Iulia de maritandis ordinibus*. Este procedimento, entretanto, como explica Fritz Schulz, não se aplicava quando “el *pater familias* del contrayente varón rehusaba su consentimiento”¹⁸.

O posicionamento teórico, a exigir a continuidade da *affectio maritalis*, arquitetado por Bonfante e seguido pela maioria dos romanistas, entretanto, sofre a contestação de Moreira Alves. Argumenta este jurista que o casamento, no direito romano, perfazia-se, e perdurava, com a simples vontade inicial dos nubentes, sendo desnecessária a sua continuidade. A corroborar seu entendimento, aduz, dentre outros argumentos, dois que nos parecem fundamentais: “o louco, no direito romano, não podia casar-se, por estar impossibilitado de manifestar o consentimento inicial, mas – (...) –, se a loucura surgir depois de contraído o matrimônio, este, apesar dela, perdura, o que demonstra inequivocamente que o pretenso consentimento contínuo (*affectio maritalis*) não era requisito para a existência do casamento, pois requisito (ou elemento essencial) é aquele sem o qual não há o ato, e, em consequência, não admite exceções”¹⁹. O segundo argumento vem expendido logo a seguir: “há textos (D. XXIV, 2, 7; e XXIV, 3, 2) que declaram taxativamente, que, embora um dos cônjuges tenha enviado o *libellus diuortii* ao outro, se houver arrependimento dentro de breve espaço de tempo, o casamento – apesar da ausência da *affectio maritalis*, ao menos no momento em que um deles remeteu o *libellus*, com a tese da *affectio diuortii*

¹⁸ op. cit., p. 108.

¹⁹ op. cit., p. 339, nota 1735.

– persiste; princípio esse que é incompatível com a tese da *affectio maritalis*”,²⁰.

Permitimo-nos assim concluir, na esteira dos argumentos colacionados pelo preclaro romanista, e louvando-nos em suas palavras, que, para o surgimento do casamento, “bastava a vontade inicial (*consensus*) dos nubentes, sem quaisquer formalidades (apenas a partir do direito pós-clássico é que, em algumas hipóteses, ..., se exige certo formalismo), e o matrimônio perdurava até que um dos cônjuges desejasse rompê-lo, pois – (...) –, em Roma, sempre se admitiu o divórcio por vontade unilateral (mesmo no direito justinianeu, se um dos cônjuges repudiasse o outro sem motivo, ele poderia sofrer sanções, mas o casamento se dissolvia), a qualquer tempo, sem formalismo, e independente da existência de motivos fixados, previamente, em lei; daí, a expressão *affectio maritalis* para significar, não que fosse necessário que os cônjuges tivessem a intenção contínua (idêntica à vontade inicial) de serem marido e mulher, mas que o casamento perdurava enquanto eles (ou um deles) não praticassem ato contrário ao que dera início ao matrimônio: o divórcio”²¹.

Mas não bastava esse acordo no sentido de querer ser marido e mulher para que se pudesse falar de casamento. “Del mismo modo que la propiedad no puede ser transmitida *nudo consensu* sino únicamente (dejando ahora a un lado “*mancipatio*” e la “*in iure cessio*”) por la *traditio*, asi también se requiere un “acto real” para la consumación del matrimonio”. Este ato real consubstanciava-se na *deductio uxoris in domum mariti*, ou seja, a introdução da mulher no domicílio conjugal.

Deve-se assim, tomar cautela com o adágio *consensus facit nuptias*, pois “non si deve perciò dimenticare che a porre in essere il matrimonio occorre un fatto che inizi visibilmente la vita coniugale, mentre col semplice accordo nel senso di voler essere marito e moglie non si contraggono nozze. Il fatto consisteva di solito nella *deductio* della sposa *in domum mariti*, accompagnata de cerimonie religiose e festività sociali: è vero che nessuna di

²⁰ op. cit., p. 340, nota 1735, “c”.

²¹ op. cit., p. 339; nota 1735.

queste formalità corrispondeva ad una precisa necessità giuridica, ma occorreva in mancanza un altro fatto, per es. il partire insieme per la sede del marito, altrettanto significativo del cambiamento di vita”²².

Com relação a este elemento, é preciso atentar para algumas questões. A *deductio*, com o tempo, foi sendo despida de seu caráter festivo e simbólico, reputando-se legalmente suficiente uma *deductio* não formal. Assim, “cuando, por ejemplo, la casa de la familia de la esposa fuè el primer domicilio marital, la *deductio* real resultaba imposible. Además, si inmediatamente después de las nupcias la joven pareja emprendía el viaje de bodas, el matrimonio se consideraba celebrado y la consumación del mismo no se dilataba hasta el regreso a la casa del marido. Por otra parte, la *deductio* era válida si el marido si hallaba ausente de su casa”²³.

Lembra, de outra parte, Álvaro Villaça Azevedo²⁴ que o elemento material compreendia, também, uma série de outros fatos que se inserem na expressão *honor matrimonii*. Assim se explica a situação em que os cônjuges habitam em locais diversos. Poderiam eles ser considerados, realmente, marido e mulher? “Il giureconsulto risponde che se i due mantengono reciprocamente l'*honor matrimonii*, si trattano, vale a dire, nella vita esteriore, in tutti i rapporti sociali, come nella società si debbono trattare due coniugi, il matrimonio dura”²⁵.

O casamento, ademais, para ser reputado válido, era preciso que preenchesse requisitos, tais como exsurgem da seguinte frase de Ulpiano: *Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt*.

Desponta como primeiro requisito de validade o consentimento do *pater familias* (dell'avente potestà). Nos primórdios do direito romano, como pontifica Fritz Schulz, constituía ele o elemento principal, mas, como o tempo, passou a segundo plano, tanto que

²² Arangio-Ruiz; Istituzioni di Diritto Romano. p. 437.

²³ Fritz Schulz; op. cit., 108.

²⁴ op. cit., p. 112.

²⁵ Arangio-Ruiz; op. cit., p. 145.

se entendia como consenso o mero silêncio, ou seja, a não-oposição ao casamento²⁶.

Caso o *pater familias* se recusasse injustamente a consentir, podia-se recorrer ao magistrado, de acordo com a *Lex Iulia*, como vimos acima. Além disso, se o *pater familias* fosse feito prisioneiro de guerra, ou fosse ausente, ou alienado, ou louco com intervalos de lucidez (*furiosus*), a legislação e a jurisprudência imperial permitiam o casamento sem o seu consentimento²⁷.

Para os filhos homens, fazia-se mister, ainda, o consentimento do pai, uma vez que os filhos advindos do casamento poderiam eventualmente cair sob o seu poder. Ou, como melhor se expressa Arangio-Ruiz, “Inoltre devono consentire alle nozze tutti gli ascendenti intermedi fra il capostipite e lo sposo, perchè altrimenti alla morte del capostipite cadrebbero sotto la loro potestà discendenti non desiderati (*nemini invito suus heres adgnascitur*)”²⁸.

O segundo requisito de validade consistia no *conubium*, ou seja, na capacidade jurídica matrimonial. Era preciso, quanto a este requisito, que o homem fosse *pubes* e a mulher *viripotens*, o que ocorria com o atingir da idade púbere.

Sabinianos e Proculianos divergiam no que se refere à constatação da puberdade. Entendiam os primeiros ser necessária uma *inspectio corporis*; os segundos estabeleceram um critério fixo, qual seja, 14 anos de idade para os homens e 12 para as mulheres. “La pubertà riconosciuta *ab antiquo* per le donne ai dodici anni, fu stabilita da Giustiniano, conforme alla teoria proculiana, ai quattordici per i maschi, troncando definitivamente le controversie trascinate fino allo spirar del diritto classico tra il giudizio di fatto e l’età fissa”²⁹.

Não eram titulares do *ius connubium* os castrados, os escravos, aqueles que já fossem unidos pelo casamento, e, no direito justinianeu, os que tivessem feito voto de castidade. Nos primeiros

²⁶ op. cit., p. 146.

²⁷ Fritz Schulz; op. cit., p. 146.

²⁸ Op. cit., p.442.

²⁹ Fritz Schulz; op. cit., p. 146.

séculos do Império, relata Arangio-Ruiz³⁰, foi vetado aos militares em serviço ativo receber uma mulher em matrimônio.

Era imperioso, ainda, para a realização válida de um casamento, a concorrência de determinados requisitos determinados negativamente pela ausência de certas condições e relações. Ou seja, fazia-se mister que entre os cônjuges inexistissem circunstâncias impeditivas, que diziam respeito ao parentesco, à afinidade, à condição social e a motivos de ordem prática ou política.

Resta aduzir, neste passo, que os romanos não conheceram a distinção entre casamento nulo e anulável. A não observância de algum dos requisitos suso-aduzidos acarretava, como única sanção, a nulidade do ato, que era incapaz, assim, de produzir, em regra, qualquer efeito. A nulidade, ademais, podia ser invocada a todo tempo e por qualquer interessado.

Admitia-se, entretanto, em algumas hipóteses, a convalidação do matrimônio contraído invalidamente. “Assim, a união de uma pessoa impúbere se transforma em matrimônio legítimo no momento em que, persistindo ainda a vida em comum, ela atinge a puberdade. Com a morte do pai, ou consentindo ele posteriormente no enlace, o mesmo sucede com o consórcio contraído sem o seu assentimento. Com a libertação do escravo e da escrava, cessa o contubérnio e surge o matrimônio”³¹.

Esta convalidação, não obstante, não operava retroativamente, de modo que os filhos havidos até então eram considerados ilegítimos.

4) A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

Posto previamente fora de cogitação o entendimento de se tratar o casamento de uma instituição, põe-se, de um lado, o mister de afastar a concepção que nele vê um contrato, e, de outro, a por demais intrincada questão de situá-lo como negócio jurídico *stricto sensu* ou como uma categoria de ato composto.

³⁰ op. cit., p. 439.

³¹ José Carlos Moreira Alves; op. cit., p. 352/353.

O contrato, como frisa Enzo Roppo, “não é uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito”³². O contrato é, sim, um conceito jurídico que reflete uma realidade exterior, “uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”³³.

Indissociável, assim, do conceito em foco, é o conceito de operação econômica: o contrato está, portanto, funcionalizado a circulação de riquezas, constituindo precisamente a sua formalização jurídica. Este substrato econômico sempre acompanhou, no curso histórico, a noção de contrato, em alguns momentos chegando mesmo a sobrepujá-la. Assim, no direito romano clássico, em que não existia uma figura jurídica geral de contrato, “aquilo que era tido imediatamente em consideração era justamente o *negotium*, o acto de circulação de riqueza (sob a forma de venda, de locação, de depósito, de mútuo, etc.), mais do que a sua formalização jurídica, ainda evanescente e, por assim dizer, não autônoma da operação econômica na sua materialidade. Para usar uma fórmula elementar e um pouco simplificante, pode dizer-se que, nessa altura, a operação econômica sobrepuinha-se ao contrato, absorvia-o. Foi só na época Justinianeia, graças a afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear – com o esquema do contrato denominado – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autônomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica”³⁴.

É justamente em função deste substrato indissociável que o conteúdo do contrato está plasmado pelo aspecto da patrimonialidade, despontando, assim, aderente à realidade, e, portanto, correta, a definição legal exarada no art. 1321 do Código Civil italiano: “contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica

³² O Contrato; p. 1.

³³ Idem.

³⁴ Enzo Roppo; O Contrato; p. 16/17.

patrimonial”. Como ressalta Roppo, “a especificação introduzida com o adjetivo “patrimonial” vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação econômica não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do econômico”³⁵.

Por outro lado, há ainda, a se considerar que o contrato, enquanto acordo, pressupõe a existência de vontades opostas, de sinal contrário, mas harmonizáveis entre si. Ele exsurge, justamente, como instrumento de harmonização de interesses contrários, fazendo despontar o mútuo consenso. Ou, em outras palavras, o contrato constitui-se numa técnica jurídica pela qual os centros de interesses contrapostos encontram um ponto de congruência. Assim, num contrato de compra e venda, uma das partes contratuais, chamada parte vendedora, apresenta-se como titular do interesse de se desfazer da coisa, mediante um certo preço; a outra parte contratual, chamada parte compradora, é titular do interesse de adquirir a coisa, mediante o pagamento do preço. Se ambas as partes contratantes fossem titulares do mesmo interesse (se ambas quisessem comprar, por exemplo), certamente não haveria contrato, pois não haveria interesses opostos a harmonizar.

Mostra-se, portanto, de todo elogiável o conceito erigido por Antunes Varela, ressaltando este aspecto de contraposição de interesses. Pontifica ele: “Diz-se contrato o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses”³⁶.

Destas breves considerações, parece resultar claro que o conceito de contrato não se presta a definir a natureza jurídica do casamento. Como afirmam Mariano López Alarcón e Rafael Navarro Valls, “a su vez, la propia noción de contrato fue corregida desde instancias dogmático-jurídicas, haciéndose notar

³⁵ Enzo Roppo; *O Contrato*; p. 11.

³⁶ Das Obrigações em Geral; p. 215.

su insuficiencia para aplicarla, *sic et simpliciter*, al matrimonio. Ante todo, se hizo notar la progresiva patrimonialización de la noción de contrato, no estrictamente aplicable ya al matrimonio; después, su carácter de figura técnica más bien orientada a la conciliación de intereses en contraste que no a la fijación de un concurso de voluntades paralelas (no contrastantes) dirigidas a la creación de una situación jurídica con una igual distribución de bienes e cargas, que es cabalmente lo que ocurre en el matrimonio”³⁷.

Afastada assim, decididamente, a caracterização do casamento como contrato, resta a tormentosa tarefa de encontrar a sua correta natureza jurídica. Para tal mister, abeberamo-nos na doutrina alemã, que desenvolveu, a partir da teoria dos negócios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*), a categoria dos atos complexos (*Gesammtakte*), dos atos coletivos (*Collektivakte*), das deliberações (*Beschlüsse*) e, finalmente, dos “acordos” (*Vereinbarungen*).

Estas quatro espécies de negócios jurídicos são agrupadas na categoria de atos compósitos, que têm, na sua composição estrutural, várias pessoas titularizando centros de interesses paralelos ou convergentes.

Assim, os atos coletivos são compostos por duas ou mais manifestações de vontade distintas, provenientes de dois ou mais sujeitos distintos e dirigidas no sentido de servir a interesse idêntico de todos os manifestantes, que suportarão, nas respectivas esferas jurídicas, os efeitos correspondentes ao ato assim composto.

Já os atos complexos são integrados por duas ou mais manifestações de vontades distintas, provenientes de sujeitos diversos, que se dirigem no sentido de servir a interesse de um daqueles sujeitos (ou pelo menos a um interesse não coincidente a todos), em cuja esfera jurídica exclusivamente percutem os efeitos daquelas manifestações que compõem o ato.

“Quando as declarações de vontade se fundem, não para formar um acordo sobre interesses contrapostos, mas para apurar, por

³⁷ Curso de Derecho Matrimonial Canonico y Concordado; p. 27.

sufrágio, a vontade de um órgão colegial, também não há contrato, mas deliberação”³⁸.

A categoria que mais de perto nos interessa, entretanto, é a do “acordo” (*Vereinbarung*), à qual a doutrina germânica atribui “un significato tecnico particolare per indicare una categoria di negozi giuridici distinta dal contratto in senso proprio”³⁹.

Esta categoria, primeiramente desenvolvida pelos publicistas, tem, como característica fundamental, a unificação de duas ou mais manifestações de vontade ubicada ao escopo de conseguir a satisfação de interesses comuns das partes. Qualifica-se, portanto, como “acordo”⁴⁰, “o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também bilateral) com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum”⁴¹.

No casamento, de fato, um e outro nubente manifestam vontades convergentes, qual seja, a vontade de se casar, tendo por fim (*causa finalis*) a formação de uma comunhão plena de vida (“comunhão de nome, estado, domicílio, vida sexual, e demais aspectos da vida conjunta”)⁴². Desta forma, subsume-se o seu conceito, perfeitamente, na categoria supra-aduzida.

Entretanto, Cariota Ferrara, por entrever, como característica marcante do “acordo”, a criação de normas e estatuições gerais e abstratas, ou seja, uma parcela de direito objetivo, mostra-se crítico desta concepção, não aceitando a formulação teórica de Emilio Betti. Manuel Domingues de Andrade, discorrendo sobre os atos compósitos, arrola, como idéias orientadoras dos “acordos”, as seguintes: “nos acordos concorrem várias declarações de vontade com o mesmo conteúdo (não conteúdos opostos ou análogos); os diversos contratantes não são portadores

³⁸ Antunes Varela; op. cit., p. 220.

³⁹ Novissimo Digesto Italiano; vol. I; p. 146.

⁴⁰ Como pontifica Betti, “contrato e acordo não designam categorias de negócios claramente antitéticas (que elas não são antitéticas, é logo demonstrado pela simples reflexão de que o acordo, no sentido mais lato, é o primeiro requisito do contrato: art. 1325, nº 1, do Cód. Civil)”, Teoria Geral do Negócio Jurídico; tomo II; p. 198.

⁴¹ Emilio Betti; Teoria Geral do Negócio Jurídico; tomo II; p. 198.

⁴² Beitzke, G.; citado por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, Direito de Família; p. 121.

de interesses contrários; os acordos criam normas e estatuições gerais e abstratas – um apercela de direito objetivo”⁴³.

Não comungamos, *data venia*, com a opinião, mais incisiva, de Ferrara. Mirou-se ele, para chegar a tal conclusão, somente em algumas espécies de negócios jurídicos, notadamente do direito das obrigações, esquecendo-se, no entanto, que os próprios alemães admitem uma categoria específica de acordo, a *Einigung*, operante no exclusivo campo do direito das coisas, e que de forma nenhuma cria “normas ou estatuições gerais e abstratas”. Cuidasse, a *Einigung*, de um acordo abstrato que visa à trasladação de um direito real, em cumprimento (*Sachenrechtliches Erfüllungsgeschäfte*) de um negócio jurídico de direito das obrigações, conforme exsurge do § 873 do BGB:

“Para a transmissão da propriedade sobre um prédio, para a oneração de um prédio com um direito, assim como para a transmissão ou oneração de um tal direito, é necessário o acordo (*Einigung*) do titular e da outra parte sobre a ocorrência da novação e a inscrição (*Eintragung*) da novação no Livro Imobiliário, sempre que a lei não prescrever outra coisa”.

Vê-se, assim, que a característica apontada por Cariota Ferrara de modo nenhum serve a demarcar a natureza do “acordo” (*Vereinbarung*), pois “acordos” há, como a *Einigung*, que a desmentem.

O acordo (*Vereinbarung*) de casamento, entretanto, diferentemente do acordo de transmissão (*Einigung*), apresenta um suporte fático, compósito uma vez que este não se perfaz, tão-só, com as declarações de vontade dos nubentes, exigindo, ainda, *a latere*, um ato de natureza administrativa, ou seja, o ato de celebração por autoridade estatal, ou paraestatal. No caso da *Einigung*, seu suporte fático desponta de todo suficiente com as declarações de vontade, restando de fora o ato administrativo de registro. Este ato, na *Einigung*, tem a função de desencadear a eficácia real, de transmissão do direito real da esfera jurídica patrimonial de uma parte, para a esfera jurídica patrimonial da contraparte. O acordo, em si, tem existência jurídica com as

⁴³ Teoria Geral da Relação Jurídica; vol. II; p. 41.

declarações de vontade e é, inclusive, eficaz, pois dele se irradia o poder formativo (*Gestaltungsrecht*) gerador do direito real. No caso do acordo de casamento, o ato estatal (ou paraestatal) está no próprio suporte fático nuclear, pelo que a sua ausência acarreta não a sua ineficácia, ou invalidade, mas a sua inexistência, conforme adiante demonstraremos com mais vagar.

Portanto, à guisa de tomada de posição, podemos afirmar que, assim como temos o acordo de direito das coisas, assim o temos no campo do direito de família. Ostenta, assim, o casamento, a natureza jurídica de “acordo”, e não de contrato. Para aqueles que, em razão das dificuldades que ainda cercam o conceito de acordo, não o aceitam, resta ainda, a saída de considerá-lo negócio jurídico. Mas jamais contrato.

Poderia parecer, como de resto a alguns pareceu, que o esforço em se buscar a verdadeira natureza jurídica do casamento constitui, no fundo, uma mera questão terminológica, sem nenhum interesse prático: “De ahí se concluyera – no sin hacerse notar el escaso interés práctico de la cuestión e incluso dudándose de la fecundidad de la rectificación doctrinal – que era más correcto hablar de acuerdo, negocio jurídico o convención”⁴⁴.

Entendemos, pelo contrário, que a questão é fecunda em conseqüências, uma vez que, dependendo da natureza jurídica de um instituto, diverso será o regime jurídico a ele aplicável. Ao apartarmos o casamento da categoria dos contratos, não estamos simplesmente a mudar o *nomen iuris* de sua natureza jurídica; estamos sim, a mudar o seu regime jurídico, a natureza das normas a serem aplicadas a ele. Como afirma, neste ponto, Ferrara, “importante è, qui fissare l’attenzione sulla distinzione tra contratto e negozio (bilaterale). Nella dottrina da taluni si parlava indifferentemente di contratto o negozio bilaterale, per modo che l’espressione <<contratto>> veniva a conincidere com quella di <<negozio bilaterale>>, che abbracciava anche i negozi a contenuto non patrimoniale, ad esempio quelli di diritto familiare; da altri si distingueva, riservandosi il termine <<contratto>> ai soli negozi con contenuto patrimoniale. La nuova legge ha

⁴⁴ José Lamartine Corrêa de Oliveira et al.: op. cit., p. 27.

adottato quest'ultima soluzione (art. 1321, cod. civ): la distinzione dei termini risponde, anzi, ad una distinzione sostanziale; due categorii si distinguono, e le norme poste per i contratti non possono applicarsi, *sic et simpliciter*, agli altri negozi bilaterali”.

Nesta linha de argumentação, não se aplicam ao negócio jurídico, e, portanto, ao casamento, os institutos, por exemplo, da *exceptio non adimpleti contractus*, da mora, das arras, dos vícios redibitórios, da evicção, os modos de extinção dos contratos, etc. O casamento em si, conseqüentemente, por ostentar a natureza de negócio jurídico *stricto sensu* bilateral, rege-se pelas disposições da parte especial do Código Civil, referente ao direito de família, e pela Parte Geral, não se lhe aplicando as disposições do direito das obrigações.

5) CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CASAMENTO INEXISTENTE

A categoria da inexistência jurídica, como ensinam os doutores, tem origem em matéria matrimonial, tendo sido desenvolvida por um jurista alemão, Zachariae von Lingenthal, que tomou como sustentação de sua teoria o Código Civil Francês. Distinguiu ele, no casamento, entre “elementi necessari per la sua esistenza (di solito detti <<condizioni di esistenza>> o <<condizioni essenziali>> ed elementi necessari per la validità. Lo Zachariae ha detto che i primi concernerebbero una quaestio facti, cioè se siasi o meno verificato il rapporto o l'evento che le leggi indicano col nome di <<matrimonio>>; i secondi, una quaestio iuris, e cioè la quaestione se questo rapporto o evento sia sorto in circostanze tali da poter essere ritenuto giuridicamente efficace; da un lato c'è questione dell'esistenza dell'atto, dall'altro della sua forza giuridica”⁴⁵.

A categoria do casamento inexistente foi criada, desenvolvida e aceita, pela Escola da Exegese, como uma categoria distinta da do casamento nulo por razões de necessidades práticas, derivadas “da aceitação do princípio *pas de nullité sans texte en matière de*

⁴⁵ Jermolo; Il Matrimonio; p. 35.

mariage”⁴⁶. Assim, se não poderia haver nulidade, em matéria matrimonial, sem texto expresso, nulos não poderiam ser considerados os casamentos que não tivessem sido celebrados ou celebrados entre pessoas do mesmo sexo. A saída, então, consistia em considerá-los inexistentes. Ora, ensina Silvio Rodrigues, “admitida tal regra, ficava o juiz desarmado em face de muitos casamentos que, embora portadores de defeitos insanáveis, não haviam sido antevistos pelo legislador, não existindo, portanto, possibilidade de serem invalidados, por não se encontrar texto expresso em que fundar a ação anulatória. Assim, por exemplo, o caso de casamento entre pessoas do mesmo sexo; ou aquele em que não houve celebração; ou ainda o matrimônio em que inexisteu a manifestação de vontade dos nubentes. Nestas hipóteses, saltava aos olhos que o casamento não podia substituir; não obstante, não se encontrava, no texto da lei, um estribo para se propor a ação de nulidade”⁴⁷.

6) PRECISÕES CONCEITUAIS

Os críticos da categoria da inexistência jurídica apontam uma *contradictio in terminis* na expressão negócio, ou ato, inexistente: “Ato inexistente é uma “*contradictio in adjecto*”. Em lógica, ato é o que está realizado, e se opõe a poder ou faculdade, que pressupõe a possibilidade de uma realização. Se não existe, não é ato, é poder; se é ato, existiu”⁴⁸.

Esta contradição, logicamente procedente, desfaz-se, no entanto, quando bem compreendida a situação que subjaz à expressão. Quer ela expressar, em verdade, a concretização de uma realidade, no mundo fenomênico, que, formalmente, aparente ser um negócio jurídico, sem, entretanto, o ser. No dizer lapidar de Rui de Alarcão, “tem verdadeiro sentido falar de inexistência do negócio ou de negócio inexistente” quando “os fatos ocorridos e aos quais se apegam quem invoca o negócio não correspondam ao

⁴⁶ José Lamartine Corrêa de Oliveira et al.; op cit., p. 210.

⁴⁷ Direito Civil, Direito de Família; vol. 6 ; p. 75.

⁴⁸ Virgílio de Sá Pereira; Direito de Família; citado por Carlos Celso Orcesi da Costa; p. 199, nota 60.

conceito do mesmo negócio, nem aliás ao de qualquer outro”⁴⁹. Portanto, como afirma Junqueira de Azevedo, o negócio inexistente é, na verdade, um “negócio aparente”, a aparência é a sua essência”⁵⁰.

Daí, ser particularmente mais precisa e expressiva a terminologia empregada pela doutrina alemã, que se vale das expressões “*Nicht Rechtsgeschäft*” (Não-Negócio Jurídico), “*Nicht-Vertrag*” (Não-Contrato) e “*Nicht-Ehe*” (Não-Casamento). “Entende-se como algo que, embora possa existir como mero fato, não tem relevância jurídica como negócio jurídico, ou como contrato, ou como casamento, não produz qualquer efeito jurídico como negócio jurídico, ou como contrato, ou como casamento. O não-negócio jurídico configura uma total e absoluta irrelevância negocial”⁵¹.

7) DECOMPOSIÇÃO ESTRUTURAL DO SUPORTE FÁTICO DO NEGÓCIO JURÍDICO MATRIMONIAL

Neste item, é nosso objetivo proceder a uma dissecação do suporte fático do negócio jurídico casamento, a fim de verificarmos quais são seus elementos de existência e seus requisitos de validade.

Já tivemos oportunidade de aduzir que o suporte fático do casamento é composto, pois as declarações de vontade, que integram, estão acompanhados de outros elementos *a latere*, como teremos ocasião de examinar.

De modo geral, arrolam os autores, como elementos essenciais do casamento, sem os quais ele não existiria, os seguintes: diferença de sexo, consentimento e celebração. Constituem eles elementos nucleares do suporte fático do negócio jurídico casamento, tanto que, na falta de qualquer um deles, o suporte fático desponta insuficiente, não adentrando, assim, o mundo

⁴⁹ José Lamartine Corrêa de Oliveira et. al.; op. cit., p. 211.

⁵⁰ Negócio Jurídico e Declaração Negocial; p. 96.

⁵¹ José Lamartine Corrêa de Oliveira et. al., p.211

jurídico. Como ensina Junqueira de Azevedo, são eles elementos categoriais do negócio jurídico matrimonial.

7.1) DIVERSIDADE DE SEXOS

No que se refere ao primeiro elemento, é pacificamente estabelecido e aceito que somente há casamento quando nele intervêm duas pessoas de sexos diferentes. “Non fra qualunque persona può intervenire la convenzione, a termini della data definizione, è uopo che parti nella convenzione matrimoniale siano persone di sesso diverso. Ond’è che, allorquando parti nella convenzione sono due persone dello stesso sesso, di giuridica esistenza del matrimonio non è il caso di parlare”⁵².

No Direito Romano, como já tivemos oportunidade de observar, a célebre definição de Modestino também evidencia este elemento de que estamos cogitando: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divint et humani iuris communicatio*”.

No Direito Canônico, exsurge o conceito de casamento pautado pelos ensinamentos bíblicos, segundo os quais Deus, criando o homem e a mulher à sua imagem, recomendando-lhes que fossem fecundos e que crescessem e se multiplicassem, determinou sua união em uma só carne. Com este fundamento, erigiu-se o conceito de casamento como “a íntima união de um homem e de uma mulher, instituída por Deus para realizar a integração física e espiritual de ambos, na geração da prole e na mútua ajuda”⁵³. O vigente Código Canônico, de 1983, no seu cânon 1055, reza: “Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectum est”.

Estudando-se o curso da história, pode-se perfeitamente apreender que o casamento passou por diversas transformações,

⁵² cf. Giuseppe Piola, in *Novissimo Digesto Italiano*; p. 1190.

⁵³ cf. Angela Maria Punzi, citado por Álvaro Villaza Azevedo, *Do Concubinato ao Casamento de Fato*; p. 130.

quer de forma, de rito, de validade, mas sempre conservou, como núcleo fixo e intangível, a união entre um homem e uma mulher.

O Código Civil brasileiro de 1916, embora não estabeleça, até porque dispensável, de forma direta, a necessidade da diversidade de sexos para a integração do suporte fático do casamento, o fez de forma indireta, como se percebe da simples leitura de vários artigos. Assim, por exemplo, o art. 183, inciso XII, refere-se a “mulheres menores de 16 anos e os homens menores de 18 anos”; o art. 233 rezava que “o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”, o art. 240, igualmente, refere-se a marido e mulher; outrossim o art. 380, e assim por diante.

O Anteprojeto de Código Civil, diversamente, faz expressa referência, em seu art. 1686, à diversidade de sexo dos nubentes, ao rezar que “O casamento se aperfeiçoa no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo matrimonial, e o juiz os declara casados”.

Para Francesco Finocchiaro, “L’estrema prudenza di linguaggio del legislatore riposa sulla tradizione giuridica latina che ha definito il matrimonio come <<coniunctio maris et foeminae>> e sui principi del matrimonio cristiano, qualificato nel can. 1082, § 1, cod. jur. can., come *societas permanens inter virum et mulierem ad filios procreandos*, che hanno influito nel corso dei secoli nella formazione di un preciso costume sociale, contro il quale urterebbe, allo stato della legislazione, la pretesa di costituire, nella forma legale del matrimonio, unioni stabili omossessuali”⁵⁴.

A diversidade de sexos, pode-se concluir, está arraigada na tradição social e jurídica, tendo ingressado nos diversos ordenamentos jurídicos como um modelo de união entre uma pessoa do sexo masculino e outra do sexo feminino. Daí ser corretamente catalogada como um elemento categorial inderrogável do negócio jurídico matrimonial, ou seja, um elemento que não resulta da vontade das partes, mas da ordem

⁵⁴ Del Matrimonio; p. 42.

jurídica, isto é, “da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constróem”⁵⁵.

Este primeiro elemento “diversidade de sexo” suscita alguns problemas, como no caso de uniões entre pessoas do mesmo sexo. Neste caso, entende-se que, embora haja uma declaração de vontade, não há declaração negocial, ou seja, um comportamento que, “segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes, segundo disposição legal, aparece como destinado (directa ou indirectamente) a exteriorizar um certo conteúdo de vontade negocial, ou em todo o caso o revela e traduz”⁵⁶. Ou seja, “nem social, nem juridicamente, o ato é considerado como casamento”⁵⁷.

Na jurisprudência, colhemos um caso ilustrativo desta hipótese, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 16 de novembro de 1982⁵⁸. Causou certa surpresa aos magistrados o ineditismo da situação nos meios forenses, envolvendo um “casamento” entre duas pessoas do sexo feminino. O fato retratado nos autos fazia referência a uma mulher, assim registrada em seu assento de nascimento, que obteve, anos mais tarde, um novo registro, sob declaração falsa, desta vez dele fazendo constar o sexo masculino. De posse deste novo registro, casou-se com uma mulher, que deu à luz uma criança. Esta, no entanto, era fruto do relacionamento da mulher tida como esposa com um certo indivíduo que trabalhara para o casal, que, logo após o nascimento, dele se afastou. Diante destes fatos, entendeu o Tribunal subsumir o caso para a hipótese de casamento inexistente, com a conseqüente nulidade, em parte do registro do menor e total do registro de nascimento do suposto marido.

Pode ocorrer, entretanto, a situação em que uma das partes se apresente como do sexo oposto, criando uma aparência de casamento. Neste caso, revelada a realidade, o aparente “casamento” não subsiste como tal, dada a falta de um seu elemento categorial inderrogável.

⁵⁵ Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia; p. 44.

⁵⁶ Manuel Domingues de Andrade; Teoria Geral da Relação Jurídica; p. 90.

⁵⁷ Antonio Junqueira de Azevedo; Negócio Jurídico e Declaração Negocial; p. 97.

⁵⁸ in RT 572/189.

Encontramos exemplo desta hipótese num caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁹, no qual uma certa pessoa do sexo feminino, valendo-se de falso registro de nascimento, fez-se passar por homem e, com este falso *status*, iludiu uma mulher, de quem obteve o consentimento para o casamento. Declarou o Tribunal a inexistência do ato matrimonial.

7.1.1. CASAMENTO HOMOSSEXUAL

O tradicional modelo de casamento, calcado sobre a diversidade sexual dos nubentes, até então hermético, vem sofrendo pressões por parte de grupos sociais minoritários e discriminados, mas cada vez mais organizados e aguerridos na luta por seus direitos, no sentido de fazê-lo abarcar, também, as uniões homossexuais.

Assim, recentemente, os Estados Unidos da América têm-se visto às voltas com esta questão, quando em 03 de dezembro de 1996, um juiz de Honolulu derrubou uma lei que somente permitia casamentos entre pessoas de sexos opostos. O Havaí tornou-se, com esta decisão, o primeiro estado americano a reconhecer casamentos entre pessoas do mesmo sexo⁶⁰.

Embora esta decisão esteja ainda pendente de recurso, prevê-se que ela será confirmada pela Suprema Corte do Havaí, uma vez que, três anos antes, teve ela a oportunidade de se manifestar, no caso *Baehr v. Lewin*, no sentido de que restrições ao casamento entre pessoas do mesmo sexo constituiria, à luz da constituição estatal, uma discriminação sexual. Além disso, segundo ainda esta Corte, uma tal lei serviria tão-só aos interesses impositivos de uma parte da sociedade.

Com a juridicização sofrida pelo casamento homossexual, o campo de batalha de grupos “gays” e lésbicos de rumo: de um lado, estão a lutar para persuadir os outros estados a seguir o

⁵⁹ in RT 615/47.

⁶⁰ Larry Kramer, “Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception”, in *The Yale Law Journal*

exemplo do Havaí; de outro, para forçá-los a reconhecer validade aos casamentos homossexuais celebrados naquele estado.

Grupos contrários à legalização destes casamentos, entretanto, iniciaram uma campanha para circunscrever os efeitos da lei havaiana àquele estado. Para o atingimento de tal desiderato, pressionaram o Congresso, que, de imediato, promulgou uma lei, denominada “Defense of Marriage Act” (DOMA), que permite aos estados recusar-se a reconhecer “any public act, record, or judicial proceeding of other State.... respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State”.

Analizando a lei em questão, o Professor Larry Kramer, da *New York University Law School*, chega à conclusão de que ela é inconstitucional, pois se os estados não podem discriminar, seletiva e reciprocamente, as suas próprias leis, o Congresso não poderia autorizá-los a assim proceder. Continua o citado *Professor of law* que “the better interpretation is that when the Congress legislates choice-of-law rules for the states, it must respect the same fundamental limits. The idea of respect and equality implicit in the concept of Union an na irreducible element that even Congress should not be permitted to undo. In my view, this element includes a prohibition against distinctions based on the relative “offensiveness” of states’s otherwise constitutional laws”⁶¹.

7.1.2 CASAMENTO DE TRANSEXUAL

Complicações de maior magnitude surgem quando a identidade de sexo sobrevém ao matrimônio, ou seja, no caso dos transexuais que, através de intervenções cirúrgicas, logram a modificação dos caracteres genitais externos, que passam a ser idênticos aos do outro cônjuge. Com isto, desaparece um dos pressupostos essenciais do casamento, resultando daí, questões de ordem jurídica, não pacificadas nem na doutrina, nem na jurisprudência.

⁶¹ op. cit., p. 2008.

Impende, inicialmente, antes de analisarmos a questão no direito brasileiro, passarmos vistas, ainda que rápidas, no direito alienígena.

Na Inglaterra, no ano de 1970, foi julgado o caso *Corbett v. Corbett*⁶², em que um transexual submeteu-se à cirurgia de conversão de sexo, do masculino para o feminino. Casou-se, em 1963, com Arthur Corbett que, após 3 meses, propôs ação de anulação de casamento, com os seguintes fundamentos: 1) a “mulher” pertencia ao sexo masculino; 2) o casamento não se consumara. Julgou o juiz procedente o pedido, anulando o casamento por entender que a cirurgia de reatribuição de sexo não muda o sexo biológico do transexual, que continuava, portanto, sendo homem, não podendo, assim, desempenhar o principal papel da mulher no casamento: *“a person’s biological sex is fixed at birth (at the latest) and cannot subsequently be changed by artificial means. That being so, the respondent, who was male at birth, was not a woman and the marriage was therefore void”*⁶³.

No caso em tela, o demandado foi considerado como pertencente ao sexo masculino por três critérios biológicos independentes: o cromossômico, o gonadal e o genital. Há, entretanto, pessoas que por um destes critérios é considerado homem, e mulher por outro deles. O juiz Ormrod deixou deliberadamente em aberto a questão envolvendo essas pessoas, mostrando-se inclinado a dar maior peso ao aspecto dos órgãos genitais.

Chegou-se a sugerir que, de um ponto de vista social e doméstico, o sexo psicológico do transexual teria uma maior importância do que o sexo biológico. Consequentemente, se as próprias partes envolvidas julgam-se pertencentes a sexos opostos, um casamento entre eles deveria ser válido, pelo menos quando a parte transexual tenha-se submetido à cirurgia de mudança de sexo. Poder-se-ia extrair este entendimento do *Matrimonial Causes Act 1973*, pois, ao requerer sejam as partes

⁶² extraído da tese de mestrado da Professora Aracy Augusta Leme Klabin, p. 23.

⁶³ Bromley e Lowe; p. 30.

respectivamente homem e mulher, permitiria à corte tomar em consideração muito mais o sexo psicológico do que o biológico.

Os autores consultados⁶⁴, entretanto, consideram muito duvidoso se esta interpretação poderia ou deveria ser aceita por esta via oblíqua. A lei referente à realização do casamento enfatiza, segundo eles, que o direito inglês considera o casamento como uma normal relação heterossexual. Além disso, embora possa o transexual distinguir-se de outros tipos de homossexuais, o reconhecimento de qualquer forma de união homossexual assinalaria um profundo distanciamento da tradicional abordagem do direito inglês, de modo a dever ele ser realizado somente por uma lei inequívoca.

Nos Estados Unidos, um tribunal de Nova Jersey deu ganho de causa a um transexual operado de masculino para feminino, que se casara com um homem, e dele pleiteava alimentos, por ter sido abandonada. Neste caso, o tribunal entendeu que “o casamento era válido em razão do conhecimento que o marido tinha da mudança de sexo de sua “mulher”, efetuada antes do casamento. Afirmou ainda o Tribunal que, tendo sido efetuada a operação do transexual, não tinha a sociedade o direito de proibir que ele levasse uma vida normal”⁶⁵.

Na Itália, até o ano de 1982, excluía os Tribunais a possibilidade de uma pessoa, que tivesse artificialmente mudado de sexo, obter a retificação do registro de nascimento, diante do teor do art. 454 do Código Civil, que somente admitia a retificação nos casos de erro material quanto à identificação sexual e em virtude de sentença passada em julgado. Na esteira deste entendimento, entendiam os Tribunais não ser possível o casamento de uma pessoa que tenha mudado artificialmente de sexo com uma pessoa do seu sexo de origem.

A Corte Constitucional Italiana teve oportunidade de se manifestar a respeito, em decisão de 01.08.79, cujo teor era o seguinte: “Não encontramos fundamento – com referência aos arts. 2º e 24 da Constituição – a questão de legitimidade

⁶⁴ Bromley e Lowe; p. 30.

⁶⁵ idem; p. 25.

constitucional dos arts. 165 e 167 do real Dec. lei de 9.7.39, 1238, ordenamento do estado civil, e do art. 454 do CC que excluem o direito à retificação do registro de nascimento e à atribuição do sexo feminino na hipótese de modificações artificiais de um sexo que façam perder a um indivíduo as características peculiares masculinas e adquirir as femininas”⁶⁶.

Modificou-se radicalmente a situação, no entanto, com o advento da Lei nº 164, de 14 de abril de 1982, que passou a permitir “che alla correzione somatica faccia seguito la correzione dell’atto di nascita, con l’indicazione del sesso femminile al posto di quello maschile o viceversa”⁶⁷.

Passou esta lei a prever que o Tribunal, quando seja necessário um adequamento dos caracteres sexuais mediante um tratamento médico-cirúrgico, poderá ser autorizado, mediante sentença, a proceder à retificação após a realização do tratamento.

Com a modificação operada no art. 454 do Código Civil, que passou a consentir no ato de retificação do assento de nascimento com a indicação de um novo sexo, a consequência mediata que se fez sentir deu-se no campo do casamento entre um transexual e pessoa do outro sexo, cuja possibilidade vinha sendo negada até então. Passou-se, assim, a admitir o casamento entre um transexual e pessoa do seu sexo de origem, cuja validade somente poderá ser contestada caso esta tenha incidido em erro acerca da impotência *generandi* do outro consorte.

Segundo, ainda, a Lei nº 164, de 1982, o transexualismo tornou-se uma causa autônoma de dissolução do casamento, “in vista del fatto che, con il mutamento di sesso, viene messo uno dei presupposti per l’esistenza e l’identificazione del matrimonio, qual è disciplinato dall’ordinamento italiano”⁶⁸.

Na Alemanha, mesmo na ausência de uma lei específica a respeito, a jurisprudência tem criado precedentes, que podem ser considerados paradigmáticos para o esclarecimento da questão.

⁶⁶ extraído do artigo de autoria de Antônio Chaves, in RT, p. 8.

⁶⁷ Francesco Finocchiaro; op. cit., p. 12.

⁶⁸ idem; p. 106.

O primeiro caso foi decidido pelo *Landgericht* (juízo de primeira instância) da cidade de Bochum. Nele, uma mulher se casara com um transexual, circunstância esta que ela ignorava no momento da celebração do casamento. Posteriormente, o marido veio a se submeter a uma cirurgia de mudança de sexo, tendo, após a propositura da demanda, trazido aos autos um documento do hospital universitário que atestava sua atual condição de “mulher”. Diante destes fatos, ajuizou a autora ação, na qual pedia, dentre outras, a anulação do casamento por erro. Acolheu o juiz o pedido de anulação, afastando a subsunção do caso à categoria de casamento inexistente. “Para tanto, considerou juridicamente irrelevante a operação de mudança de sexo, com base no princípio da imutabilidade sexual do ser humano, que informaria a ordem jurídica em seu conjunto”⁶⁹. Fundamentou o *Landgericht* a decisão no fato de que a transexualidade do réu constituía hipótese de erro sobre sua qualidade pessoal, num campo essencial da vida, podendo-se perfeitamente supor que a autora, caso tivesse tido conhecimento do fato, não se teria casado.

Num outro caso, desta feita envolvendo decisão do Tribunal Constitucional, o *Bundesverfassungsgericht*, cuidava-se da situação de um cidadão, do sexo masculino, divorciado, que se submetera a cirurgia de mudança de sexo, passando a apresentar características tipicamente femininas, tanto que, no hospital em que trabalhava como enfermeira, era tido, de fato, como uma mulher. Diante de tal situação, ingressou em juízo pleiteando a alteração de seu registro civil, a fim de que nele passasse a constar o sexo feminino, e, por via de consequência, também a mudança de seu prenome. Nas instâncias ordinárias não logrou acolhida o pedido assim formulado.

O *Bundesverfassungsgericht*, entretanto, cassou as decisões anteriores, considerando que “a lacuna legislativa a respeito da alteração do registro civil no que respeita ao sexo não deveria impedir o Judiciário de um pronunciamento sobre a questão, que deveria ser resolvida à luz dos artigos 1, al. 1, e 2, al. 1, da

⁶⁹ José Lamartine Corrêa de Oliveira et. al., op. cit., p. 217.

Constituição de Bonn, consagradores, respectivamente, do princípio da proteção da intangível dignidade do ser humano e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”⁷⁰.

Analisando o caso à luz destes princípios, entendeu o BGB que a alteração do registro civil correspondia a um direito constitucionalmente garantido, motivo pelo qual deveria ser dado provimento à pretensão do interessado, visto que, diante dos fatos, reconheceu o Tribunal que a operação cirúrgica teve, no caso concreto, a finalidade de adaptar o sexo morfológico ao psicológico, dando cabo à dissociação existente e pondo fim ao sofrimento de que ele padecia.

No que se refere ao casamento, propriamente, declarou a Corte Constitucional federal alemã: “Mas nem a questão conexa com a correção da inserção do sexo, pela qual o recorrente pode unir-se com um pertencente ao sexo que ele possuía anteriormente, viola o bom costume. Não são necessárias ulteriores explicações de que a capacidade de gerar do homem e a capacidade de engravidar da mulher não constituem pressuposto para contrair matrimônio. Segundo a Lei Fundamental (art. 6, 1), o matrimônio é a união do homem com a mulher para uma comunhão de vida em princípio indissolúvel. A formação desta comunhão correspondente às próprias idéias é tarefa das duas pessoas que se casam. Pode ser que para o vulgo um casamento entre um transexual homem com outro homem seja contrastado ou de qualquer forma reprovado. Do ponto de vista racional, não há motivos em contrário. Acrescente-se que ao estado dos conhecimentos científicos o transexual homem não deseja relações homossexuais, mas união com parceiro heterossexual em após uma bem sucedida operação que modifique os genitais, ele se encontra na possibilidade de ter relações sexuais normais com um parceiro homem”⁷¹.

“Também o projeto alemão noticiado pela *Neue Juristische Wochenschrift* cria uma modalidade de dissolução judicial automática como consequência da sentença que ordenou a alteração do registro civil”⁷².

⁷⁰ *idem*; p. 217.

⁷¹ extraído do artigo de autoria de Antônio Chaves; in RT 542, p. 18/19.

⁷² José Lamartine Corrêa et. al., op. cit., p.219, nota 22.

A situação, no direito brasileiro, ressoante-se da inexistência de uma legislação específica a respeito da matéria e, por outro lado, ousaríamos dizer, da ausência de uma interpretação da situação em consonância com os preceitos constitucionais tuteladores dos direitos da personalidade do ser humano. Além deste aspecto jurídico, fortes preconceitos imperam na sociedade brasileira, os quais, de uma maneira ou de outra, ecoam, de maneira quase que unânime, na jurisprudência de nossos tribunais.

Estes, com efeito, têm, reiteradamente, negado a pretensão à retificação de sexo no registro civil, como podemos verificar das seguintes ementas colacionadas:

*REGISTRO CIVIL – Assento de nascimento – Retificação – Mudança de sexo – Admissibilidade apenas quando tenha havido engano no ato registral ou após exames periciais e intervenções cirúrgicas para determinação do sexo correto – Inviabilidade quando há troca de sexo decorrente de ato cirúrgico, com ablação de órgão para constituição do sexo oposto aparente.*⁷³

*REGISTRO CIVIL – Assento de nascimento – Retificação para mudança de sexo e nome – Admissibilidade apenas nos casos de intersexualidade – Despojamento cirúrgico do equipamento sexual e reprodutivo e sexo psicologicamente diverso das conformações e características somáticas ostentadas que, configurando transexualismo, não permitem a alteração jurídica.*⁷⁴

As bases em que se sustentam tais julgados levam em conta os seguintes argumentos: a lei de Registros Públicos é omissa quanto à alteração do sexo, somente permitindo a retificação do prenome quando evidente o seu erro gráfico, bem como a sua mudança, mediante sentença, quando ele exponha ao ridículo o seu portador. Admitem, assim, a mudança de sexo apenas quando tenha havido engano no ato registral ou quando o verdadeiro sexo venha a ser

⁷³ RT 662/149.

⁷⁴ RT 672/108.

definido por intermédio de exames periciais e intervenções cirúrgicas, nos casos de intersexualidade. Além disso, não se poderia “atribuir um sexo a alguém que, na realidade, jamais o teve, mesmo após extraordinária cirurgia para a determinação aparente de um sexo impróprio e não consentâneo com os demais elementos biológicos”.

Fugindo, entretanto, deste angustos argumentos, e superando-os, decisões começam a surgir, corajosas e inovadoras, como aquela, colacionada por Antônio Chaves, da lavra de um Juiz de Direito da Comarca de Mangaratiba, no Rio de Janeiro, de 20.02.91, e, mais recentemente, de um Juiz de Direito de Joinville, Santa Catarina, datada de 21.06.96, cujos argumentos passamos a expor.

No caso julgado no Rio de Janeiro, entendeu o Juiz não existir no direito brasileiro norma proibitiva da alteração de sexo no registro civil: o impedimento, segundo ele, derivaria do método sistemático de interpretação e, sobretudo, de considerações de cunho ético e até mesmo religioso.

Com relação ao prenome, não haveria maiores dificuldades em se equacionar o problema, em face do art. 55, parágrafo único, da Lei de Registros Públicos, que proíbe o registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores, situação que inegavelmente ocorre em relação à pessoa cujo nome indica sexo diferente do seu.

A mesma facilidade já não haveria em relação à alteração do sexo, dada a inexistência de uma norma permissiva ou proibitiva explícita. Não obstante, aponta o magistrado carioca para a utilização de métodos interpretativos, com o escopo de buscar os verdadeiros sentidos das normas jurídicas que, “a todas as luzes, são proposições dinâmicas e contém ínsitos mecanismos de evolução que permitem ao intérprete e ao aplicador uma certa elasticidade de raciocínio sempre que a incidência da norma, literalmente estática, precisar ser adaptada às relações jurídicas do corpo social em constante e veloz mutação”⁷⁵.

⁷⁵ RT 679, p. 11.

Aduz, ainda, o argumento de que, encartando-se o pedido de retificação de registro civil entre os procedimentos de jurisdição voluntária, não está o julgador adstrito, rigidamente, a critérios de legalidade, podendo, ao contrário, decidir por equidade.

Dentre os muitos outros argumentos que ainda alinhava, acrescenta mais um, que nos parece de fundamental importância, devendo constituir objeto de nossas meditações. “O que precisa ficar evidenciado é que na espécie humana o sexo da pessoa equivale a uma conjugação de fatores biológicos e psico-sociais. Há de se convir que existe um sexo jurídico que pode não corresponder ao sexo de fato de uma determinada pessoa. O que deve preponderar? Como é intuitivo, o tema desafia considerações de ordem moral, jurídica e psicológica e até aqui as conveniências, ditas morais, têm desempenhado papel relevantíssimo na formação da opinião de todos quantos atentam para o problema (...) Será que apenas a crença de que há um padrão moral que desautoriza a alteração do registro civil, nestes casos, é argumento suficiente para se sustentar a imutabilidade do mesmo?”.

A segunda sentença, desta feita originária de Joinville⁷⁶, encampou os principais argumentos suso-aduzidos. Dispõe a sua ementa:

“Comprovada a transexualidade e a extirpação, mediante intervenção cirúrgica do pênis e dos testículos, com a implantação de neovagina, atestados por perícia médica e laudo psicológico, admite-se a retificação do registro de nascimento quanto ao nome e sexo do transexual.

Por não refletir a realidade, incutindo, repetidamente, terceiros em erro, provocando desequilíbrio jurídico, submetendo o transexual a constantes constrangimentos, injusto e permanente vexame, exposição ao ridículo, impõe-se a retificação do seu assento de nascimento a fim de adequá-lo à realidade fática”.

⁷⁶ Jurisprudência Catarinense, vol. 76, p. 749 e ss.

Como linha de princípio, deixa o magistrado catarinense assente que “a admissibilidade da pretensão retificatória restringe-se ao caso de transexualidade, assim definido pela ciência médica e psicológica, não podendo ser estendida às hipóteses de homossexualismo e travestismo”.

Lembra, a seguir, que a operação do transexual é, hoje, “uma verdade que não pode ser olvidada, devendo ser analisada à luz do direito como questão que transcende a velhos tabus e preconceitos, ultrapassados pela evolução dos tempos e incompatíveis com a realidade que hoje vivenciamos”.

Por fim, levanta um aspecto de suma importância e indissociável da questão em tela, referente à análise segundo um foco constitucional, balizado por princípios constitucionais tuteladores dos direitos da personalidade. Neste sentido, impedir, simplesmente, como vinha ocorrendo, as retificações pretendidas, “importaria em condenar o requerente, para o resto de sua vida, a constantes constrangimentos e vexames, expô-lo perpetuamente ao ridículo”, o que, segundo ele, seria iníquo. “Urge que o seu direito à intimidade, que integra os chamados direitos da personalidade, considerados como fundamentais da pessoa humana, seja resguardado pelo Estado, pois esta é a sua função precípua a teor do disposto no art. 5º, X, da Carta Magna. Igualmente, incumbe ao Estado assegurar a isonomia, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF)”.

E, para finalizar, embora não tenhamos esgotados todos os argumentos usados na sentença, frisa trechos de votos de dois desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que deram acolhida à pretensão de alteração, dando provimento a recurso de apelação interposto de sentença indeferitória de pedido análogo:

“Tenho o registro público e, em especial, o civil como primacialmente voltado a conferir, tanto ao indivíduo quanto ao coletivo, o máximo possível de segurança de uma verdade – não necessariamente dotada de certeza absoluta

– seja de seu estado, sejam das múltiplas relações que vierem a estabelecer.

E se esse mesmo registro, ao contrário, como na hipótese versada, propiciar constrangimentos individuais e perplexidade no contexto social – que assim resta abalado no seu equilíbrio – estará se afastando de seu escopo, impondo-se, aí, sim, a devida correção, molde a garantir a continuidade da paz jurídica almejada por todos” (Relator Desembargador Luiz Gonzaga Pila Hofmeister).

“(...) ora, parece-me que a Justiça, hoje, não faria justiça se não concedesse ao apelante o direito de ser o que é, de ser efetivamente o que é. E Justiça não é aguçar conflitos, é resolver conflitos e no momento em que nós negássemos à Rafaela o nome que ela pretende, nós não estaríamos resolvendo o conflito, nós estaríamos conflititando o problema, ou seja, o Direito e a Justiça estariam se negando” (Desembargador Wellington Pacheco Barros).

7.2) DECLARAÇÃO DE VONTADE

O segundo elemento de existência do casamento, apontado pela maioria dos autores, é a declaração de vontade de ambos os nubentes⁷⁷. Em sentido diverso, afirma Pontes de Miranda que elementos do casamento são somente a diferença de sexos e a celebração por autoridade. Para ele, a declaração de vontade, ou melhor, o “consentimento” já estaria implícito na celebração. Outros autores, como Jemolo, vão mais longe, reconhecendo apenas um único elemento a celebração. Para estes, a identidade de sexos entre os nubentes acarreta a sanção de invalidade, e não de inexistência, do matrimônio.

⁷⁷ É de todo oportuno o esclarecimento efetuado por Manuel Domingues de Andrade: “Declaração de vontade é a mesma coisa que a lei, no art. 643, nº 3, designa por mútuo consenso. Com esta diferença: a lei fala de mútuo consenso porque só se refere a contratos; nós falamos de declaração de vontade porque nos referimos a todo e qualquer negócio jurídico”; op. cit., p. 121.

Entretanto, até por uma questão de didática, preferimos manter, expressamente, os três clássicos elementos, já citados na obra de Zachariae, dentre eles a declaração de vontade. Esta, ao contrário dos outros dois elementos (diversidade de sexos e celebração), que constituem elementos categoriais inderrogáveis, configura-se em elemento geral de todo e qualquer negócio jurídico. O elemento mínimo e irreduzível de todo negócio jurídico é, portanto, a declaração ou manifestação de vontade negocial. O suporte fático a que falte este elemento não entra no mundo jurídico nem como ato, nem como negócio jurídico. Como afirma Pontes de Miranda, “se falta a manifestação da vontade, o negócio jurídico é nenhum”⁷⁸.

Este elemento de natureza volitiva, sem o qual o suporte fático do negócio jurídico desponta insuficiente, constitui o que se denomina *essentialia negotii*. “Sem os *essentialia negotii*”, diz Pontes de Miranda, “o negócio não seria jurídico (= não entraria no mundo jurídico), ou seria outro negócio jurídico que aquele, a respeito do qual se procedeu à discriminação do essencial e do accidental”⁷⁹.

Há, a respeito, um interesse caso⁸⁰, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, versando a questão da inexistência do casamento, em razão da ausência de consentimento. Na situação versada, a nubente, ao ser inquirida se queria se casar, teria respondido ao juiz distrital que “não” por duas vezes, e só na terceira vez teria respondido afirmativamente, sob coação do pai. Uma vez realizado o casamento, a nubente em questão recusou-se a coabitar com o marido, indo, inclusive, pouco tempo depois, a viver com um outro homem.

Ajuizou o marido, então, ação de nulidade do casamento, pela não observância da suspensão obrigatória a que alude o art. 197, I, do Código Civil, fazendo referência, no entanto, ao fato de que o consentimento da esposa só fôra obtido por coação, após as duas negativas. Entendeu o acórdão recorrido que o demandante era parte ilegítima para requerer a anulação do casamento, uma vez

⁷⁸ Tratado de Direito Privado; tomo III; p.7.

⁷⁹ op. cit., p. 66

⁸⁰ Jurisprudência Brasileira, vol. 67, pp. 78 e ss.

que a hipótese prevista no art. 197 identificar-se-ia com a de coação como causa de anulação do casamento, e de que, por isso, somente o coagido, ou seja, a mulher, teria legitimação para propor a ação, *ex vi* do art. 210, I, do Código Civil.

Em Recurso Extraordinário, relatado pelo Ministro Moreira Alves, afastou-se a preliminar de ilegitimidade de parte, dado que, muito embora o autor tenha feito referência à coação, não pediu ele a anulação do casamento por vício de vontade, mas a nulidade, pela inobservância da suspensão obrigatória a que alude o art. 197, I, do Código Civil.

Aduz, ainda o Ministro Moreira Alves, não ser pacífico, nos autores e julgados, a questão sobre se a não suspensão da celebração do casamento acarretaria a nulidade sem texto expreso que a comine ou a inexistência do matrimônio. Em qualquer uma dessas hipóteses, entretanto, qualquer um dos nubentes seria parte legítima para a propositura da ação.

Embora o ilustre jurista não tenha tomado partido em relação a nenhuma das posições, parece-nos, efetivamente, que se trata de caso de inexistência do casamento, por ausência de declaração de vontade concordante. Se a nubente respondera “não” por duas vezes, cabia, ao celebrante, proceder à suspensão da cerimônia, prevendo a lei a observância de um interregno de 24 horas, para que uma eventual retratação seja considerada eficaz. Como, no caso em análise, a retratação deu-se no mesmo dia, *sine intervallo*, foi, juridicamente, ineficaz, e, por via de consequência, inexistente o casamento, por falta de consentimento. Em prol deste entendimento, o magistério de Carvalho Santos: “Se apesar de um dos nubentes se negar a proferir a afirmação exigida pelo art. 194, ou manifestar-se arrependido, o juiz persiste e prossegue na celebração do ato, do termo não fazendo constar o incidente, o casamento será inexistente, por falta de elemento essencial – o consentimento, podendo o recusante provar o fato por meio da ação competente”.

No casamento, ademais, o ato volitivo deve ser declarativo, não se contentando a lei, para preenchimento do seu suporte fático, com ato volitivo declarativo (= atuação de vontade, *Willensbestätigung*), em que a vontade não aparece clara, por

faltar-lhe o clarim, a *vox*, ou seja, o escopo notificado (*Kundgebungszweck*).

A vontade, no casamento, há de ser declarada no ato ou cerimônia de celebração, segundo o princípio da atualidade do mútuo consentimento. O Código Civil Português dispõe, muito a propósito, que “A vontade dos nubentes só é relevante quando manifestada no próprio acto da celebração”. “Logo, não se admite uma declaração de vontade formulada anteriormente à celebração, porque a lei pretende assegurar a atualidade e a liberdade do consentimento matrimonial”⁸¹.

A declaração de vontade matrimonial caracteriza-se pelo aspecto de pessoalidade. “É apenas admitida como válida a anuência prestada pelo próprio contraente, porque somente a ele compete a “prerrogativa indelegável de eleger o consorte”⁸². Naturalmente, está-se excluindo, na espécie, o casamento por procuração, que é plenamente admitido pela nossa legislação. A declaração dos nubentes deve ser feita, ainda, perante a autoridade celebrante, “sendo o ato de vontade concomitante ao do consorte, inviável a celebração de dois conúbios simultaneamente”⁸³. A legislação alemã sobre o casamento (*Ehegesetz*), aludindo, em seu parágrafo 13 à forma do casamento (*Form der Eheschließung*), é expressa neste sentido: “*Die Ehe wird dadurch geschlossen, daß die Verlobten vor dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, die Ehe miteinander eingehen zu wollen*” (Grifamos).

A declaração deverá, ordinariamente, ser veiculada pela forma oral, admitindo-se, entretanto, no caso de um nubente surdo, pergunta e resposta escritas, e, no caso de um mudo, resposta por sinal⁸⁴. Em se tratando de um estrangeiro, que desconheça a língua portuguesa, admitir-se-á o auxílio de um intérprete, que lhe traduza a interpelação do celebrante, e a este a sua declaração.

Caracteriza-se a declaração de vontade, de sua vez, por ser insuscetível de condição ou termo, devendo, pelo contrário, ser

⁸¹ José Lamartine Corrêa de Oliveira et. al., op. cit., p. 138.

⁸² Ney de Mello Almada; in RT 653, p. 51.

⁸³ idem.

⁸⁴ Marty, G. & Raynaud, P, citado por José Lamartine Corrêa de Oliveira; op. cit., p. 139; nota 15.

pura e simples. É, portanto, o casamento um negócio incondicionável (*bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte*), por não admitir a aponibilidade de cláusulas desta natureza, que introduzem “*en el matrimonio tal incertidumbre y precariedad que, por general, ha inducido a las legislaciones a rechazar el matrimonio condicional, en defensa de la estabilidad del matrimonio, de la seriedad de la institución y del mantenimiento de su identidad como, relación interpersonal típica*”. Como, ademais, pontifica De Ruggiero, “os nubentes não podem apor condições ou termos, acrescentar modalidades ou cláusulas, nem por qualquer outra forma disciplinar as relações conjugais por modo diverso do que a lei dispõe; a liberdade apenas começa onde se trata de meros interesses patrimoniais e, mesmo aí, é grandemente limitada”⁸⁵.

Não obstante, não se pode afirmar que casamento e condição apresentem uma incompatibilidade racional ou natural. Uma legislação pode, como a maioria delas de fato o fazem, “*por motivos de oportunidad, prohibir que el consentimiento se preste condicionalmente, bien teniendo la condición por no puesta, bien disponiendo la nulidad del matrimonio celebrado bajo condición*”.

A questão que se põe, neste ponto, envolve o casamento a que tenha sido aposta uma condição ou um termo. Haverá a contaminação de todo o negócio jurídico matrimonial em razão da nulidade da cláusula, ou não haverá, valendo o negócio como puro e simples, tendo-se como não escrita a condição ou o termo?

O direito italiano tem resposta a esta indagação, pois prevê, expressamente, no art. 108 do Código Civil, que “*la dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta nè a termine nè a condizione. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio. Ser ciò nonostante il matrimonio è celebrato, il termine e la condizione si hanno per non apposti*”. Assim, para o direito considerado, a aposição de um termo ou condição ao casamento

⁸⁵ Instituições; vol. II, p. 65.

não acarreta a sua invalidade, restando, tão-somente eles, nulos, como se não tivessem sido apostos.

O direito lusitano segue os passos desta orientação, ao dispor, no art. 1618 do Código Civil, que se consideram “não escritas as cláusulas pelas quais os nubentes, em convenção antenupcial, no momento da celebração do casamento ou em outro acto, pretendam modificar os efeitos do casamento, ou submetê-lo a condição, termo ou à preexistência de algum facto”. Com supedâneo nesta norma, afirma Manuel Domingues de Andrade que um casamento condicional “não deve ser celebrado; mas se o for não deixará de ser válido, sendo nula apenas a condição estipulada. Neste sentido pode dizer-se que acarreta menos prejuízo e é mais compatível com a dignidade da instituição matrimonial a validade do casamento (sem a condição), apesar de isso ser contra a vontade das partes, do que a sua nulidade”⁸⁶.

A legislação pátria, por ser omissa a respeito, levou Junqueira de Azevedo a entender que “o melhor é aplicar subsidiariamente o direito romano, no qual o ato todo ficava viciado (D. 50, 17, 77)”⁸⁷.

A situação, segundo nos parece, é de incontagiação do casamento, uma vez que as causas de invalidade, em matéria matrimonial, devem ser expressas, não se admitindo nulidades virtuais. O casamento, diz Pontes Miranda ⁸⁸, só é nulo, ou anulável, nos casos apontados por alguma regra jurídica inserta no direito de família. Entretanto, quer nos parecer que o elemento accidental (*accidentalia negotii*) não chega, sequer, a adentrar o mundo jurídico, não se precisando cogitar, assim, de sua invalidade. Tem-se, assim, a condição ou o termo como não escritos, ou seja, inexistentes para o direito.

Dada a natureza especialíssima do casamento, respeitante diretamente ao *status* das pessoas, não precisou o legislador prever, em norma expressa, a inaponibilidade de condição ou termo. Como decorrência deste fato, não encontramos, no Código Civil, nenhuma referência à invalidade do casamento em razão de

⁸⁶ Teoria Geral da Relação Jurídica; p. 365.

⁸⁷ Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia; p. 58.

⁸⁸ Tratado de Direito Privado; tomo VII; p. 383.

aposição de um elemento accidental, e muito menos à invalidade deste, pelo que nos leva a sustentar que “só o elemento accidental proibido é repellido, de modo que se tem por não-manifestado (=não dito, ou não escrito, ou de outra maneira exteriorizado) o que accidentalmente se juntou ao suporte fático: a regra jurídica própria do negócio apanha todo o suporte fático *menos* isso”⁸⁹.

No sentido que sustentamos, parece ser o entendimento de Ney de Mello Almada: “Demais, e este argumento sobreleva, nosso diploma material, perfilha no regime da anulação matrimonial, a doutrina da especialidade, com repúdio à da subsidiariedade, mantendo causas específicas, como se deduz dos arts. 207 e ss., em tipicidade desenganadamente estampada em *numerus clausus*. Finalizando-se, têm-se como não escritos termo ou condição, sem o mínimo valor, caso deduzidos na própria celebração do ato nupcial”⁹⁰.

Outrossim, a lição de Antunes Varela, com fundamento no Código Civil português: “O consentimento dos nubentes tem, por conseguinte, de ser puro e simples, não sujeito a qualquer evento fortuito, nem limitado no tempo. A violação deste princípio não provoca a nulidade da declaração da vontade, mas a irrelevância da condição ou do termo (art.1618º, 2)”⁹¹.

7.2.1 Aspecto Interno Da Declaração

Vimos analisando, até o presente momento, a declaração de vontade negocial no seu aspecto externo, que, para fins de integração do suporte fático de negócios jurídicos, é o que importa para dar-lhe existência, conforme a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*).

Entretanto, a declaração negocial apresenta também um aspecto interno, a vontade real, que se decompõe analiticamente em três subelementos: (1) a vontade de ação, ou vontade de conduta externa (*Handlungswille*); (2) a vontade de declaração

⁸⁹ Pontes de Miranda; Tratado de Direito Privado, tomo III; p. 67.

⁹⁰ in RT 653, p. 52.

⁹¹ Direito da Família; p. 205; nota 147.

(*Erklärungswille*); e (3) a vontade negocial (*Geschäftswille*), vontade do conteúdo da declaração (*Inhaltswille*) ou intenção do resultado (*Erfolgswille*).

Alguns autores, diferentemente, preferem uma classificação bipartida, na qual, ao lado da vontade negocial (*Geschäftswille*), estaria a vontade de declarar, que desdobrar-se-ia em vontade de ação (ou de conduta externa; *Handlungswille*), e consciência da juridicidade da ação (*Erklärungsbewußtsein*)⁹².

A vontade de ação consiste na voluntariedade, ou seja, consciência (*Bewußtsein*) e intenção (*Absicht*), do comportamento declarativo. Inexiste esta vontade, por exemplo, quando uma pessoa, a quem outra propõe um negócio, acena ou diz “sim” distraidamente, “estando a pensar noutra coisa e nem sequer se apercebendo do acto que pratica ou da palavra que profere”⁹³.

Exemplo mais frisante da falta desta vontade de ação encontramos na coação absoluta. Outrossim, nas hipóteses de hipnose, intoxicação, transtorno mental, loucura, embriaguez, influência de drogas e outras causas.

A vontade da declaração “consiste em o declarante atribuir ao comportamento querido o significado de uma declaração negocial. Este subelemento só está presente, se o declarante tiver a consciência e a vontade de que o seu comportamento tenha significado negocial vinculativo – consciência e vontade de que o seu comportamento produza efeitos negociais no campo do direito”⁹⁴. Não há que se falar em vontade da declaração, no clássico exemplo de um indivíduo que entra num leilão e, lá encontrando um amigo, faz-lhe um gesto de saudação, gesto este que, segundo a praxe do local, é tido como oferta ou lance. Poder-se-ia citar, ainda, como exemplo de falta desta vontade, “os atos de estrangeiros não familiarizados com palavras ou usos do país em que estão”.

Finalmente, vontade negocial é “a vontade de realizar um negócio jurídico de conteúdo correspondente ao significado

⁹² Albaladejo, seguido por Antônio Junqueira de Azevedo; *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*; p. 160.

⁹³ Manuel Domingues de Andrade; *Teoria Geral da Relação Jurídica*; vol. I; p. 126.

⁹⁴ Carlos Alberto da Mota Pinto; *Teoria Geral do Direito Civil*; pp. 422-423

exterior da declaração – e não um negócio diferente”⁹⁵. Ou, como ensina Junqueira de Azevedo, a vontade negocial “tem por objeto os efeitos do negócio; quem compra quer a compra”⁹⁶.

O elemento interno da declaração de vontade – a vontade –, ao contrário do elemento externo, que atua no plano da existência, atua estritamente no plano da validade, tornando nulo ou anulável o negócio jurídico. Cabe-nos, neste passo, analisar a atuação de cada uma destas vontades, ou melhor, o efeito da ausência delas, em relação ao negócio jurídico matrimonial.

Inexistindo a vontade de agir, faz-se mister distinguirmos as hipóteses de hipnose, embriaguez, influência de drogas, ou outras causas, da hipótese de coação absoluta.

Nos casos por primeiro versados, configuram eles causas de incapacidade transitória, em razão das quais o nubente deixa de ter consciência do ato que está a praticar. Mas qual seria a sanção para um casamento contraído por uma pessoa transitoriamente incapaz?

A lei alemã sobre o casamento (*Ehegesetz*) tem previsão expressa para este caso, em seu parágrafo 18, que comina, para a espécie, a sanção de nulidade (*Nichtigkeit*): *Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war oder sich im Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit befand*”.

No direito inglês, o *Matrimonial Causes Act 1973*, na seção 12 (c), prevê casos de anulabilidade do casamento, caso um ou outro dos nubentes não tenha consentido validamente em consequência de coação, enfermidades mentais, erro, desordens mentais, embriaguez, efeito de drogas.

Se um dos nubentes, ao tempo da cerimônia, for acometido de uma desordem mental (*mental disorder*), tal como definido no *Mental Health Act 1983*, de modo a se tornar incapaz para o casamento, tornar-se-á ele anulável. Incapaz para o casamento, neste contexto, quer dizer “*incapable of carrying out the ordinary*

⁹⁵ Manuel D. de Andrade; op. cit., p. 127

⁹⁶ Negócio Jurídico e Declaração Negocial; p. 160

duties and obligations of marriage”⁹⁷. No caso sob cogitação, presume-se que a parte era plenamente capaz para os atos da vida civil, tornando-se o casamento, entretanto, anulável, devido ao estado geral de sua saúde mental ao tempo da celebração.

O Código Civil Italiano também dispõe, a propósito, que *“Il matrimonio può essere impugnato da quello dei coniugi che, quantunque non interdetto, provi di essere stato incapace di intendere o di volere, per qualunque causa transitoria, al momento della celebrazione del matrimonio”*.

O Código Civil Português, igualmente, em seu art. 1635, “a”, prevê a hipótese versada, cominado-lhe a sanção de anulabilidade: *“O casamento é anulável por falta de vontade: a) quando o nubente, no momento da celebração, não tinha a consciência do acto que praticava, por incapacidade accidental ou outra causa”*.

O Código de Direito Canônico, de 1983, em seu capítulo IV, do Livro IV, *“De consensu matrimoniali”*, cânon 1095, cuida dos distintos defeitos ou vícios do consentimento, “que invalidan la capacidad natural para emitir un consentimiento matrimonial originados, fundamentalmente, por defectos de tipo psicológico que impiden la producción del acto vital del consentimiento”⁹⁸. Ao rezar este cânon, no n.1º, que: *“Sunt incapaces matrimonii contrahendi: 1º. qui sufficienti rationis usu carent”*, está a abarcar, dentre outras, as hipóteses de transtorno mental transitório (*mentis exturbatio*). Várias causas podem levar a este estado de transtorno, podendo-se citar a epilepsia, estados febris, assim como a ingestão de drogas ou sua abstinência, como também situações de hipnose.

Segundo o direito canônico, será “inválido el consentimiento matrimonial prestado durante tal estado de perturbación psíquica, causada o no de propósito por el propio contrayente. (...) Lo que h de probarse es la presencia del trastorno psíquico en el momento de contraer el matrimonio, así como la gravedad del mismo para

⁹⁷ PM Bromley N V Lowe; Family Law; p. 92.

⁹⁸ Código de Derecho Canónico, edición bilingüe comentada por los profesores de la facultad de derecho canónico de la universidad pontificia de Salamanca; p. 530.

privar del suficiente uso de razón, materia que se resiste al empleo de presunciones”⁹⁹.

Em uma sentença rotal¹⁰⁰ de 19 de outubro de 1985, incluiu-se como causa de nulidade do casamento, por supressão das faculdades intelectivas e volitivas, a emoção inesperada e violenta. Declarou-se, na oportunidade que “consta la nulidad del matrimonio por incapacidad psicológica y emotiva de la mujer en el acto de la celebración del matrimonio, pues, entre las perturbaciones temporales que pueden suprimir el uso de la facultad intelectual y de la facultad volitiva, se han de enumerar las emociones inesperadas y violentas del ánimo. Se habla de emociones-*shock* para subrayar el carácter improvisado e intenso del fenómeno, y quien contrae matrimonio agitado por alguna vehemente e inopinada commoción, aunque en el tiempo anterior al matrimonio hubiera querido celebrarlo, contrae inválidamente”¹⁰¹.

O Código Civil Brasileiro, que não possui um dispositivo de caráter genérico, alberga dispositivos de caráter especial, envolventes da incapacidade acidental. Assim, em matéria sucessória, dispõe o legislador serem incapazes de testar as pessoas que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo (art. 1627, III). Em matéria matrimonial, o art. 183, IX, permite a inclusão desta incapacidade, ao reza que não se podem casar “as pessoas por qualquer motivo coactas e *as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento*”. Portanto, perante o nosso direito, o casamento contraído por pessoa em estado de incapacidade acidental ou transitória é anulável, por infração de um impedimento relativamente dirimente.

Igualmente anulável (*voidable*) será o casamento se um dos nubentes se encontrava, no momento da cerimônia, embriagado ou sob efeito de drogas, e “*as a result of either, one of the parties*

⁹⁹ Mariano López Alarcón y Rafael Navarro-Valls; Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado; p. 155.

¹⁰⁰ rotal é relativo a Rota, ou seja, ao Tribunal Canônico de Apelação, que funciona na Cúria Romana e também na Nunciatura Apostólica de Madri. “La Rota romana es el Tribunal ordinario constituido por la Santa Sede para recibir las apelaciones”.

¹⁰¹ idem, p. 155, nota 17.

was incapable of understanding the nature of the contract into which he was entering"¹⁰².

Para todos estes casos suso-aduzidos, deve-se acrescentar, ainda, que "a relevância da falta de vontade não depende do seu conhecimento pela outra parte, nem da sua notoriedade"¹⁰³.

Como vimos, a falta de vontade de ação pode advir, ainda, de coação absoluta, ou seja, da *vis corpore illata*. Se na coação (*vis animo illata*), propriamente vício do consentimento, conserva o coacto a possibilidade de optar entre o expor-se ao mal cominado e a conclusão do negócio que se lhe pretende extorquir, tanto que se afirma "*coacta uoluntas, semper uoluntas*", na *vis absoluta* o coacto não tem nenhuma margem de voluntariedade, uma vez que o coacto é reduzido à condição de simples autômato, um instrumento material do coator. O violentado sabe que o que está a fazer não corresponde à sua vontade real, mas não pode evitá-lo, não estando a proceder, assim, intencionalmente. Daí dizer-se do violentado: "*non agit sed agitur*".

Como o ordenamento jurídico brasileiro não cuidou expressamente desta modalidade de coação, os autores nacionais defendem a cominação da sanção de nulidade absoluta. Assim, embora a hipótese seja meramente acadêmica, um casamento em que um ou outro nubente o tenha contraído sob coação absoluta será absolutamente nulo, conforme entendimento dos doutos.

Diferente é a posição do direito civil português, que prevê expressamente a sanção de anulabilidade "quando a declaração tenha sido extorquida por coação física" (art. 1635, "c").

Um segundo grupo de hipóteses, desta vez de falta de vontade de declaração, por ausente a consciência da juridicidade da declaração (*Erklärungsbewußtsein*) aponta, dentre outros, para o caso dos estrangeiros não familiarizados com a língua ou os usos e costumes do país em que estão.

No direito inglês, o casamento será anulável caso um dos nubentes não tiver consciência da natureza da cerimônia de que estiver participando, não apercebendo de se tratar de um

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Antunes Varela; Direito da Família; 206.

casamento. No caso *Valier v. Valier*, um italiano, cujo conhecimento da língua inglesa era muito precário, foi levado a um oficial do registro civil pela mulher, lá sendo submetido às formalidades usuais da cerimônia do casamento. Ele não compreendeu o que se passara naquele momento, tanto que nunca chegou a coabitar com a esposa e muito menos chegou a consumir o casamento. Julgou a corte, então, que o marido estava habilitado a requerer a anulação do matrimônio. Colhe-se, ainda, na jurisprudência inglesa, o caso *Mehta v. Metha*, envolvendo a errônea convicção de ser a cerimônia de casamento hindu uma cerimônia de conversão religiosa.

Dispunha o BGB, em seu revogado § 1332, que a nulidade do casamento poderia ser pedida pelo contraente que, no momento da celebração, não soubesse que se tratava de casamento, ou que, mesmo sabendo, não tivesse tido a vontade de contrair o matrimônio.

A atual lei alemã sobre o casamento (*Ehegesetz*) dispõe sobre a espécie versada, em seu parágrafo 31, como caso de erro sobre o casamento ou sobre a pessoa do outro cônjuge (*“Irrtum über die Eheschließung oder über die Person des anderen Ehegatten”*). Reza a norma citada: *“Ein Ehegatte kann Aufhebung der Ehe begehren, wenn er bei der Eheschließung nicht gewußt hat, daß es sich um eine Eheschließung handelt, oder wenn er dies zwar gewußt hat, aber eine Erklärung, die Ehe eingehen zu wollen, nicht hat abgeben wollen”*.

O ordenamento jurídico brasileiro, também quanto a este ponto, é omissivo, razão pela qual sustentam os autores nacionais a mesma sanção aplicada para os casos de erro na expressão da vontade, qual seja, a anulabilidade.

Alfim, ao menos no que tange aos *essentialia negotii*, cumpre analisar o derradeiro subelemento do elemento interno da declaração de vontade, qual seja, a vontade negocial (*Geschäftswille*).

Este subelemento, ao contrário dos demais até aqui examinados, não tem nenhuma relevância, em princípio, para a validade do negócio jurídico. Pode muito bem alguém emitir uma declaração de vontade, sem, entretanto, ter a vontade negocial

correspondente, ou seja, reservando para si sua verdadeira vontade (*reservatio mentalis*). “O princípio é de que a declaração, apesar de reserva mental, prevalece *in totum*”¹⁰⁴.

Assim, “em sentido próprio, a reserva mental não pode ser considerada como defeito invalidante do ato jurídico porque, mantendo-se interna, não pode ter significado para o direito”¹⁰⁵. Contempla, entretanto, o direito alemão norma expressa (§ 116, do BGB) prevendo a reserva mental como causa de nulidade, caso a contraparte dela tiver conhecimento. No direito brasileiro, pouco importa se a parte contrária teve ou não conhecimento: a reserva mental é absolutamente irrelevante, “não podendo ser oposta pelo reservante ao destinatário ou a terceiro, nem estes a podem opor ao reservante. E essa ineficácia é resultante da circunstância de que a reserva mental não entra no mundo jurídico, exatamente porque não constitui suporte fático de qualquer norma”¹⁰⁶. Caso a reserva mental seja conhecida da outra parte, configurar-se-á caso típico de simulação, devendo assim ser tratada.

Conseqüentemente, um casamento celebrado de acordo com o direito civil, em que uma das partes, ou ambas, declarem querer se casar, mas sem a vontade negocial correspondente, é plenamente válido, pois “não se admite efeito de reserva mental, nem vício de simulação, ainda que o celebrante o conheça, no casamento”¹⁰⁷.

O Código de Direito Canônico, entretanto, foge a esta orientação, ao dispor, no cânon 1101, § 2º, que “*si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentiale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit*”.

Perante o direito canônico, o casamento simulado ou contraído com reserva mental por um dos nubentes é nulo (*invalide*). Para que tal cominação incida, é necessária a concorrência dos seguintes pressupostos: 1º. um ato positivo de vontade, não bastando a mera falta de vontade, um vago desejo ou uma opinião. Basta um “não quero” interior; 2º. a exclusão positiva de vontade

¹⁰⁴ Junqueira de Azevedo; Negócio Jurídico e Declaração Negocial; p. 166.

¹⁰⁵ Marcos Bernardes de Mello; Teoria do Fato Jurídico, Plano da Validade; p. 158.

¹⁰⁶ *idem*; p. 159.

¹⁰⁷ Pontes de Miranda; Tratado; tomo VII; p. 386.

deve versar sobre o casamento mesmo ou sobre alguns dos seus elementos ou propriedades essenciais. Cuida-se, na primeira hipótese, da simulação total, que tem por objeto o próprio casamento, e, na segunda, da simulação parcial, pela qual se excluem propriedades ou elementos essenciais do matrimônio, tais como, dentre outros, o *bonum prolis* (exclusão da procriação), a *bonum fidei* (exclusão da unidade), e o *bonum sacramenti* (exclusão da indissolubilidade matrimonial).

Como se pode perceber, a vontade interna goza, no direito matrimonial canônico, de uma importância muito grande. Esta vontade, ou intenção (*intentio*), diversa de contrair o matrimônio, pode ser tríplice: 1) de não contrair (*animus non contrahendi*); 2) de contrair mas de não se obrigar (*animus se non obligandi*); 3) de contrair e de se obrigar, mas de não cumprir (*animus non adimplendi*). A primeira delas anula o casamento (*matrimonium ipsum*) porque exclui o consentimento. Do mesmo modo a segunda, uma vez que a intenção de não se obrigar destrói a intenção de contrair. A derradeira, “ainda que de si mesma seja má, porque engana, ilude de modo injusto a outra parte, contudo não anula o matrimônio, porque a simples intenção de não cumprir não exclui o consentimento ou intenção de contrair e de se obrigar, tal como a vontade de assumir uma obrigação e violá-la não se excluem”¹⁰⁸.

A importância dada pelo direito canônico à intenção podemos aferir através do seguinte exemplo: uma pessoa contrai matrimônio com o propósito de sempre evitar a procriação, pelo método Ogino-Knaus-Smudels. Seria, neste caso, válido o casamento? Resposta: pode ser válido e pode ser nulo. Se esta pessoa tiver contraído o matrimônio com a intenção de se obrigar à entrega do *ius in corpus* somente nos dias agenésicos, o matrimônio será nulo. Se a sua intenção tiver sido contrair a obrigação de dar o *ius in corpus* nos dias genésicos e nos agenésicos, estando disposto, entretanto, a cumprir esta obrigação

¹⁰⁸ Merkelbach, citado por Luiz José de Mesquita; Nulidades no Direito Matrimonial; p. 114.

somente nos dias agenésicos, violando-a nos outros dias, o matrimônio será válido¹⁰⁹.

A nulidade do matrimônio simulado, total ou parcialmente, no direito canônico, tem suas raízes no Direito Natural: “en la simulación total porque el Derecho canónico acepta la teoría de la voluntad en la constitución del matrimonio, por lo que considera nulo el matrimonio contraído sin la prestación del pertinente acto de voluntad; y en el caso de exclusión de los elementos esenciales se fundamenta en la regulación objetiva del matrimonio por el Derecho divino, ordenación sustraída al juego de la voluntad de los particulares en sus elementos constitutivos”¹¹⁰.

No que se refere à simulação no direito laico, a doutrina civilista estrangeira do pós-guerra mudou a tradicional orientação, que propugnava a sua irrelevância em matéria matrimonial, aproximando-se da diretriz traçada pelo direito canônico, que, como vimos, comina a sanção de nulidade.

A primeira orientação consagrada na doutrina civilista tinha por irrelevante a simulação em matéria matrimonial, sob o fundamento de que critério dominante, neste campo, era o do interesse público ou social. Ou seja, era “a consequência lógica que a maior parte dos civilistas extraía do facto de no matrimônio não contarem apenas os interesses particulares dos nubentes, mas também o interesse moral da estabilidade da instituição e até os interesses morais e patrimoniais de terceiros”¹¹¹.

Sob o vetor do interesse público a sobrepujar os interesses particulares dos nubentes, a verdadeira vontade interior destes nenhum efeito produziria, caso estivesse em desacordo com a vontade declarada. Dava-se, assim, importância à certeza das situações constituídas, que não poderia ficar a depender unicamente do elemento volitivo não declarado dos nubentes. “Ademais, a validade do casamento teria um sentido sancionador, de auto-responsabilidade privada, inspirada sempre no critério do interesse social”¹¹².

¹⁰⁹ Exemplo citado por Luiz José de Mesquita; op. cit., p.112.

¹¹⁰ Mariano López Alarcón et. al.; Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado; p. 176.

¹¹¹ Antunes Varela; op. cit., 208.

¹¹² José Lamartine Corrêa de Oliveira et. al., op. cit.; 259.

Com a deflagração da Segunda Grande Guerra e as conseqüentes invasões em massa e as perseguições engendradas por motivos os mais variados, as pessoas passaram a se casar, buscando, através do casamento, uma nova nacionalidade, a expatriação ou a não aplicação de certas disposições legais.

No período de perseguições raciais, promovidas pelo nazismo, e de perseguições ideológicas, pelo comunismo, muitas pessoas casaram-se com pessoas de outras nacionalidades com o único intuito de mudar de país e se furtar a elas.

Fora de situações anormais, registra a literatura casos como da mulher que se casa para obter a nacionalidade do marido, do jovem para fugir ao serviço militar, do casamento celebrado tão-só para legitimar um filho, do estrangeiro que se casa para não ser expulso de um país, etc.

No direito britânico, o casamento simulado é chamado “Sham Marriage” (“*where the parties go through the form of marriage purely for the purpose of representing themselves as married to the outside world with no intention of cohabiting*”¹¹³) e é plenamente válido, como ficou assentado na decisão do caso *Vervaeke v. Smith*.

No caso citado, uma prostituta belga casou-se com um cidadão inglês com o intuito de obter a nacionalidade inglesa e, assim, escapar da deportação. Os cônjuges não tinham a intenção de viverem juntos, tanto que se viram um ao outro em duas ou três ocasiões, apenas. A maioria da Câmara dos Lordes considerou que o casamento em tela era, indiscutivelmente, válido.

O Código Civil Suíço prevê o chamado casamento de nacionalidade (*mariage de nationalité, Bürgerrechtsehe*), que foi acrescentado ao rol de nulidades matrimoniais pela lei de cidadania, de 29.09.52. Neste caso, o matrimônio é celebrado unicamente com a finalidade de atribuir a um dos nubentes a nacionalidade suíça. A jurisprudência, que inicialmente considerava válidos tais casamentos, por ausência de uma expressa norma invalidante, passou a sancioná-los com a nulidade, invocando, como fundamento, a noção de abuso de

¹¹³ Bromley eLowe; op. cit., p.92.

direito, previsto no art. 2º do Código Suíço. Com a alteração legislativa, pôs-se fim à disputa jurisprudencial, sendo certo que, atualmente, em princípio, “a única hipótese de casamento simulado que é relevante, no Direito suíço, para os fins de nulidade, é a do chamado casamento de nacionalidade”¹¹⁴.

A lei alemã sobre o casamento (*Ehegesetz*) contemplava, em seu § 19, a figura do *Namensehe*, ou matrimônio de nome, assim chamado aquele que não tivesse por objeto a vida comum, mas, meramente, a aquisição do nome familiar ou do *status* de casado. Este dispositivo legal, que cominava a sanção de nulidade para esta espécie de simulação matrimonial, veio a ser revogado pela Primeira Lei de Reforma do direito matrimonial, de 1976.

Na Itália, a Lei nº 151 de 1975, pelo seu art. 18, introduziu a simulação no matrimônio, modificando o art. 123 do Código Civil, que atualmente assim dispõe: “Il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano conventuo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. La azione può essere proposta decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima”.

No silêncio do Código de 1942, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entendiam ser inconcebível emprestar-se relevância à simulação no casamento. Mesmo após a reforma, com a introdução expressa da simulação matrimonial como causa de nulidade, uma parte considerável da doutrina italiana entendeu que a hipótese prevista no art. 123 do Código Civil não configuraria caso de simulação, uma vez que existiria, “da parte dos nubentes, a intenção de celebração de casamento, intenção de criação do estado, embora exclusivamente para a realização de fins que instrumentalizam o matrimonio”¹¹⁵.

Negada a qualificação de matrimônio simulado para a *fattispecie* do art. 123, tentou-se vislumbrar, por parte de alguns autores, a figura do negócio indireto. Insurge-se contra esta

¹¹⁴ José Lamartine Corrêa de Oliveira; op. cit., p. 257.

¹¹⁵ idem, op. cit., p. 255.

interpretação Tamburrino, segundo o qual esta doutrina seria *“del tutto contraria ai principi del nostro ordinamento ed ai ormai pacifica distinzione tra negozio simulato, che per un qualsiasi motivo che non interessa in sé non è voluto per quanto attiene al suo vero oggetto tipico ed alla sua vera funzione tipica, ed il negozio indiretto che (comunque lo si concepisca) è pur sempre un mezzo attraverso il quale si tende a raggiungere oltre il risultato tipico del negozio usato, un risultato ulteriore ed atipico rispetto al primo: nella ipotesi prevista dall’art. 123, come dianzi chiarito, non si vuole in realtà il matrimonio perchè non si vuole attuare la sua vera e totale funzione, il che ci porta nel campo classico della simulazione”*¹¹⁶.

Também o Código Civil Português filiou-se ao grupo de ordenamentos jurídicos que têm a simulação como defeito invalidante do matrimônio. Dispõe seu art. 1635, d, que o casamento é anulável por falta de vontade quando tenha sido simulado.

A tese da relevância da simulação em matéria matrimonial foi aceita pelo Código de 1966 em razão de os casamentos simulados, por não corresponderem à real vontade dos contraentes, muitas vezes destinarem-se a prejudicar os interesses do Estado ou de terceiros. Daí, em caráter de proteção aos interesses de terceiros prejudicados, passou-se a admitir que eles pudessem impugnar a sua validade, não se chegando a admitir, entretanto, que a anulação fosse requerida pelos próprios cônjuges, pois, do contrário, burlar-se-ia, facilmente, o princípio da indissolubilidade do casamento por mútuo consenso, abrindo espaço, assim, para os casamentos de experiência.

Com a Reforma de 1977, manteve-se a tese da relevância da simulação, mas ampliou-se a legitimação para requerer a anulação aos próprios simuladores (art. 1640, I).

No direito brasileiro, a simulação não é considerada defeito invalidante do negócio jurídico matrimonial. O casamento, a despeito da simulação, é válido e plenamente eficaz. Pautou-se o legislador de 1916, portanto, pelo critério do interesse público ou

¹¹⁶ Giseppe Tamburrino; Lineamenti del Nuovo Diritto di Famiglia Italiano; p. 175-176.

social, resguardando a certeza das relações jurídicas, que não poderiam estar na dependência exclusiva da vontade interna dos nubentes. Presume, assim, o legislador, *iuris et de iure*, a identidade entre a vontade real e a vontade declarada. Trata-se, entretanto, de uma opção de cunho ideológico, pois, de um ponto de vista estritamente teórico, a conclusão aponta para uma outra direção, encampada pelos ordenamentos anteriormente analisados, como tentaremos demonstrar.

O ponto de partida para uma análise teórica da questão passa necessariamente pela noção de causa dos negócios jurídicos. Estabelecida a causa do negócio jurídico matrimonial, far-se-á mister verificar os efeitos da sua ausência ou de sua deficiência, dentro do contexto da simulação, ou seja, de uma situação de divergência entre a causa do negócio e o fim perseguido.

Dentre os inúmeros significados de causa, aquele que nos interessa de perto é o de causa final (*causa finalis*), ou seja, a função econômico-social do contrato, ou prático-social dos negócios jurídicos. Neste sentido, “um negócio concretamente realizado, seja ele qual for, só é negócio jurídico qualificável como negócio jurídico de um determinado tipo (ex.: venda, locação mandato), na medida, precisamente, em que cumpre a função econômico-social que caracteriza o mesmo tipo”¹¹⁷. A função econômico-social, por exemplo, da compra e venda é a permuta do domínio ou da posse por um correspondente pecuniário (preço); do mútuo, é o empréstimo, para consumo, de uma coisa fungível, contra a sua restituição em determinado prazo.

Também o casamento tem uma função prático-social “determinata in via astratta dall’ordinamento in vista della finalit  e degli scopi che con questo negozio le parti tendono a raggiungere e che sono tutelati dall’ordinamento medesimo”¹¹⁸. A função do negócio matrimonial transcende os interesses meramente individuais das partes envolvidas, assumindo uma tal relevância no plano social e coletivo, que não encontra paralelos

¹¹⁷ Emilio Betti, op. cit., tomo I; p. 355.

¹¹⁸ Giuseppe Tamburrino, op. cit., p. 152.

na tipologia dos demais negócios jurídicos, ainda que não patrimoniais. E consiste esta função prático-social do casamento na criação de um consórcio entre os cônjuges e a constituição de um núcleo social fundamental, que é a família¹¹⁹. Do mesmo sentir, Junqueira de Azevedo, segundo o qual “também o casamento é negócio jurídico com causa final, já que se destina a constituir a família legítima”¹²⁰. Caracteriza-se, pois, inquestionavelmente, o matrimônio como negócio causal, com causa final, no sentido que foi exposto.

Faltando a causa, ou sendo ela deficiente, o próprio negócio será, sob o ponto de vista do direito, “uma aparência intimamente inconsistente”¹²¹, ou terá sido utilizado “como um escopo em contraste com a sua destinação típica”¹²², e, portanto, não será “idôneo para gerar ao efeitos próprios do tipo que aparenta reproduzir”¹²³.

A causa final, portanto, atua no plano da eficácia dos negócios jurídicos, de modo que a sua ausência acarreta a ineficácia superveniente, ou seja, o negócio não será apto a produzir os efeitos jurídicos que lhe são próprios.

Neste passo, cumpre analisar a questão da simulação. Nesta, há uma “divergência entre a causa do negócio utilizado e o intento perseguido. As partes desejam conseguir o estado conjugal, mas para alcançar fim incompatível com a causa do matrimônio, isto é, a formação de um núcleo familiar estável. A intenção de não adimplir deveres e não exercitar direitos poderia ser reconduzida ao conceito de acordo simulatório. Mais do que acentuação do *pactum de non petendo* previsto em tais acordos, teria o legislador desejado atribuir relevância às convenções voltadas para o esvaziamento do conteúdo intersubjetivo da causa matrimonial”¹²⁴.

Um casamento simulado, portanto, carece de causa, pois, em virtude do deliberado defasamento entre a vontade declarada e a

¹¹⁹ Giuseppe Tamburrino; op. cit., p. 153.

¹²⁰ op. cit., p. 168.

¹²¹ Emilio Betti; op. cit., tomo I, p. 382.

¹²² idem.

¹²³ idem.

¹²⁴ José Lamartine Corrêa de Oliveira; op. cit., p. 256.

real, não se atinge a finalidade a que se propõe, qual seja, a constituição da família legítima, com os deveres daí derivantes, como a mútua assistência, fidelidade e criação e educação da prole comum.

Ora, um negócio causal, como é o casamento, que, em concreto, não tenha causa, é um negócio ineficaz, inapto a produzir os efeitos que lhe são próprios. Qual seria, então, a situação de um casamento cujo suporte fático esteja suficiente e regularmente composto, mas que, por ser simulado, não vem a ser consumado, pela falta de coabitação entre os cônjuges?

Em princípio, como exposto, será este casamento ineficaz, por falta de causa. Mas, como a hipótese é de total falta de coabitação, tanto que não se consumou o matrimônio, “o momento em que se caracteriza a ineficácia pode ainda ser tido como o de realização do ato, e, portanto, ser visto no plano da nulidade; esse caso pode, pois, ser considerado como de casamento nulo”¹²⁵. Este entendimento afina-se perfeitamente com a teoria das invalidades, segundo a qual, na nulidade, “a ausência de produção dos efeitos negociais resulta de vícios ou deficiências do negócio, contemporâneos da sua formação”. Ora, o vício da simulação ocorre no momento mesmo da integração do suporte fático mediante declarações de vontade não correspondentes à real intenção dos declarantes. É, portanto, contemporâneo de sua formação, podendo, assim, no caso do casamento, ser sujeito à sanção de nulidade, por ser a ineficácia imediata.

Na linha de defesa da nulidade do casamento simulado militam autores os mais diversos, cabendo-se ressaltar a posição de Friauf, lembrada por José Lamartine Corrêa de Oliveira, para quem “as garantias institucionais a institutos como o casamento e a família devem ser, em princípio, entendidas no interesse pessoal dos titulares de direitos fundamentais, acrescentando que o casamento não é protegido pela ordem jurídica como instituição vista de modo abstrato, não sendo possível, portanto, separar a noção de casamento da noção de comunhão de vida entre duas pessoas. Por isso, o mencionado autor preconizou o não-reconhecimento

¹²⁵ Junqueira de Azevedo; *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*; pp. 177-178, nota 236.

jurídico do que chamou de puros casamentos aparentes, celebrados para finalidades inequivocamente estranhas à idéia de casamento”¹²⁶.

Com base nestas considerações, parece insustentável reconhecer validade, como o faz o direito vigente, ao casamento simulado, pelo que é de se preconizar a alteração das causas de nulidade do casamento, acrescentando-se mais uma, justamente esta.

7.3 CELEBRAÇÃO

O derradeiro elemento de existência que nos cabe examinar é a celebração. Releva, primeiramente, analisarmos a situação estabelecida a partir do Decreto nº 181/1890.

Imbuído de ideais positivistas, o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, constituído na noite de 15 de novembro de 1889, promoveu profundas reformas, a maioria delas com a participação intensa do Ministro da Fazenda, Ruy Barbosa. Dentre elas, a que de perto mais nos interessa, a separação operada entre a Igreja e o Estado, arrogando-se este a prerrogativa de legislar em matéria de casamento. Porta-voz desta nova realidade são as palavras, sempre candentes, de Ruy Barbosa:

“A não se entre os espíritos de ínfimo nível, presos conscientes do fanatismo, ou entre os exploradores desta paixão de povos escravos, ninguém seriamente disputa a prerrogativa suprema do Estado na legislação relativa ao casamento. Sua constituição, suas leis, seus tribunaes não podem ser senão os leigos. O que a alta inteligência e o singular senso jurídico de José II previram no célebre edito de 1784 é hoje, por assim dizer, em toda parte, axioma de governo”.

Foi dentro deste contexto político-jurídico que foi instituído o casamento civil, nos termos do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, quebrando o *modus vivendi*, até então vigente, entre a Igreja

¹²⁶ op. cit., pp. 259-260.

e o Estado, no qual aquela detinha o poder de legislar em matéria matrimonial. “Sensível à influência universal da época, aceitou o que, em toda parte, era axioma de governo. Aceitou-o, reivindicando para o Estado a prerrogativa suprema de legislar sobre casamento”¹²⁷.

Destas lições da história exsurge extremo de dúvidas, que o poder de editar normas sobre casamento passou a ser exercido, exclusivamente, pelo Estado. A partir de então, os casamentos deveriam ser contraídos de acordo com o estabelecido nas leis promulgadas pelo Poder Estatal, e não mais de acordo com ditames de Igreja Católica. O regime a ser adotado, portanto, era o do casamento civil, e não do religioso, que já não era mais reconhecido. “A Constituição só reconheceu o casamento civil. Não se preocupou com o religioso. Só ao casamento civil atribuiu efeitos jurídicos, definindo direitos e impondo deveres aos cônjuges. Derivou dele as relações de parentesco. Fez decorrer dele o regime comum de bens, em falta de convenção antenupcial. Assegurou os direitos dos filhos. Estabeleceu, enfim, um sistema de normas garantidoras da família e de sua dignidade”¹²⁸.

A partir, portanto, do Decreto nº 181/1890, um homem e uma mulher somente adquiriam o *status* jurídico de casados se se unissem, em matrimônio, de acordo com os ditames estabelecidos por este decreto, entre os quais, vale ressaltar, a celebração perante a competente autoridade civil. Tanto assim é que, em 11 de junho de 1890, editou-se uma circular, pelo Ministério dos Negócios da Justiça, dispondo, em seu art. 3º que “nenhuma solenidade religiosa, ainda sob a forma de sacramento do matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brazil, depois de 23 de maio último, constitui perante a lei civil vínculo conjugal, ou impedimento para casarem com outra pessoa, os que houverem daquela data em diante recebido esse ou outro sacramento, em quanto não for celebrado o casamento civil”. E, no art. 4º, dispunha, ainda, que “O casamento civil é, em todo o Brazil, desde 24 de Maio último, essencial e insuprível para estabelecer: – o vínculo conjugal”.

¹²⁷ Waldemar Ferreira; O Casamento Religioso de Efeitos Cíveis; p. 4.

¹²⁸ *idem*, p. 5.

Desde, portanto, deste Decreto nº 181, de 1890, estabeleceu-se a obrigatoriedade de se contrair matrimônio perante uma autoridade civil, que deve declarar solenemente os nubentes casados. Mas qual seria, efetivamente, a importância deste ato de celebração para o negócio jurídico matrimonial? Seria ele um elemento de existência, um requisito de validade ou um ato à parte do casamento? Cariota Ferrara¹²⁹ aponta quatro entendimentos possíveis: 1) a declaração dos esposos teria valor de mero pressuposto, sendo a declaração da autoridade estatal o verdadeiro elemento constitutivo do casamento; este, portanto, seria um ato do poder estatal; 2) o casamento seria um negócio plurilateral, ou seja, a três partes: os nubentes e o oficial do registro; 3) o casamento é negócio bilateral solene; a intervenção do oficial do registro civil teria valor de simples forma, ainda que constitutiva; e, finalmente, 4) o casamento é uma *fattispecie* complexa, um complexo de atos, formado pelo negócio bilateral, que consiste no consenso dos esposos, e pela declaração do oficial público, que é ato do poder estatal, ato administrativo.

Pelo primeiro entendimento, que parte da consideração do Direito de família como um setor do Direito público, assim como defendido por Antônio Cicu, nega-se atuação, no âmbito do Direito familiar, da autonomia de vontade, e, por conseguinte, nega-se a própria figura do negócio jurídico. O matrimônio seria, assim, essencialmente, um ato do poder estatal.

Trata-se, entretanto, a exposta, de uma posição já superada, sendo certo que, hoje, o casamento é tido como um ato essencialmente jurídico-privado. “Lo llevan a cabo los particulares y tiene por objeto crear una lex privata, una reglamentación de intereses con vigencia entre ellos. Nace de su libertad de iniciativa. El hecho de que por razones de orden técnico-político (por ejemplo, certidumbre, claridad, publicidad, control), se requiera la actuación de funcionarios estatales, no cambia la naturaleza del acto y la intervención estatal no traspasa

¹²⁹ Il Negozio Giuridico; pp. 194-195.

el umbral de una solemnidad, aunque en ocasiones pueda ser constitutiva”¹³⁰.

Afastada, de plano, esta primeira tese, cremos que as demais podem ser repropostas de acordo com a localização, na estrutura do suporte fático do negócio jurídico, do ato de celebração. Com base neste critério, três são as soluções possíveis: 1) ou a celebração está no núcleo do suporte fático do negócio jurídico matrimonial, constituindo, portanto, um seu elemento categorial inderrogável, cuja ausência acarreta a inexistência do próprio casamento; 2) ou a celebração está localizada no suporte fático do negócio jurídico matrimonial, mas não mais no seu núcleo, constituindo, assim, um seu elemento complementar, necessário, agora, à validade do casamento; 3) ou, por fim, está localizado fora do suporte fático, não integrando a estrutura do negócio jurídico matrimonial, de modo a não influir nem na sua existência, nem na sua validade.

Ao iniciarmos a análise da primeira tese, é preciso, de imediato, descaracterizar a concepção de se tratar o matrimônio de um negócio plurilateral, a três partes, entre as quais a autoridade celebrante. Esta, em realidade, não é parte no negócio jurídico matrimonial, pois a sua atuação não se insere no contexto da autonomia privada. O oficial do registro civil age, pelo contrário, por dever de ofício, no sentido de que tem o dever de declarar os esposos unidos em matrimônio sempre que se verifiquem os pressupostos necessários. Como partes que são, somente os nubentes titularizam as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas matrimoniais, de modo a poder-se afirmar que são as suas declarações, e somente elas, que, compondo o suporte fático do negócio jurídico casamento, constituem a causa eficiente (*causa efficiens*) – mas não suficiente – do vínculo matrimonial e dos efeitos jurídicos dele decorrentes. Conclui-se, assim, que o casamento não é um “negozio a tre”, mas um negócio jurídico bilateral.

O suporte fático nuclear deste negócio, entretanto, desponta compósito, pois, além das duas declarações de vontade dos

¹³⁰ Díez-Picazo; op cit., p.89.

nubentes, coexistem com elas outros elementos a *latere*, dentre os quais, justamente, o ato da autoridade estatal, encarregada de celebrar o casamento.

“Resumiendo cuanto se lleva expuesto, podemos llegar a la conclusión de que lo verdaderamente esencial para la existencia del matrimonio en el criterio geral legislativo, es el consentimiento de los esposos, y que la intervención del funcionario no es por si sola constitutiva. Sin embargo, tampoco debe ser reducida al simple papel de una atestiguación posterior del acto ya realizado, sino que su posición es también integradora del acto jurídico”¹³¹.

Neste exato sentido é, ainda a posição de Pontes de Miranda: “As palavras que o juiz pronuncia são integrativas do ato do casamento, que é negócio jurídico formal; de modo que é ociosa a discussão sobre ser declarativo ou constitutivo o ato do juiz: a integração do negócio jurídico, a que serve, exclui que se lhe atribua, sequer, atestação ou certificação; faz parte da formação mesma do negócio jurídico”¹³².

Observa, ainda, nesta linha de raciocínio, Caio Mário da Silva Pereira que o juiz não se limita a recolher a vontade das partes, desempenhando, pelo contrário, um papel ativo, ao pronunciar “a fórmula que completa a celebração do casamento”¹³³. Conseqüentemente, se ele deixar de “emitir a declaração de que os contraentes estão casados, o casamento não estará celebrado, o vínculo matrimonial não se terá constituído, apesar de terem os nubentes afirmado o propósito de se receberem por marido e mulher”¹³⁴. O efeito será o mesmo, ou seja, não haverá casamento, se “o juiz, após ter recebido as declarações sucessivas dos contraentes, falecer repentinamente, antes de pronunciar a fórmula sacramental”¹³⁵.

O Anteprojeto de Código Civil, através de seu art. 1686, bem deixa entrever o momento de entrada do suporte fático, no mundo

¹³¹ Aisa, citado por Luiz José de Mesquita; op. cit., p.08.

¹³² Tratado de Direito Privado; tomo VII; pp. 313-314.

¹³³ Direito de Família; p.100.

¹³⁴ idem.

¹³⁵ idem.

jurídico, como casamento, ao rezar que “O casamento se aperfeiçoa no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer o vínculo matrimonial, e o juiz os declara casados”.

Como sobressai do texto projetado, para que o casamento exista juridicamente (“se aperfeiçoa”), é preciso que haja a conjugação entre as declarações de vontade dos nubentes e a declaração do juiz.

Na doutrina italiana, colhemos a opinião de Barassi, segundo o qual a celebração é, como sustentamos, elemento de existência do casamento, portanto, constituinte do núcleo de seu suporte fático: “L’accordo contrattuale degli sposi adunque e la dichiarazione accertativa dell’ufficiale di stato civile sono gli elementi giuridici costitutivi della “celebrazione del matrimonio”¹³⁶. Na doutrina mais recente, manifesta-se Tamburrino no sentido de que, embora a intervenção “dell’ufficiale dello stato civile” tenha a natureza de uma formalidade solene do consenso, tal formalidade “è tanto essenziale per la costituzione del vincolo e per il sorgere del negozio che la sua mancanza (non il suo vizio difetto) rende impossibile quella costituzione e conseguentemente inesistente il negozio”¹³⁷.

A legislação alemã sobre o casamento também não deixa dúvida quanto ao caráter nuclear do elemento que se vem analisando, ao dispor, no parágrafo 11, da *Ehesetz*, que “Eine Ehe kommt nur zustande, wenn die Eheschließung vor einem Standesbeamten stattgefunden hat”.

No direito positivo brasileiro atual, podemos chegar a esta conclusão através da interpretação do art. 197, III, do Código Civil, segundo o qual a celebração será imediatamente suspensa se algum dos contraentes manifestar-se arrependido. Se os nubentes podem retratar-se eficazmente até o momento imediatamente anterior à declaração do celebrante, pode-se concluir que o casamento somente se realiza no exato momento em que a autoridade celebrante os declara casados. A partir daí seria

¹³⁶ Istituzione di Diritto Civile; cit. por Luiz José de Mesquita; op cit., p. 10

¹³⁷ op. cit., p. 126

irretratável, ou melhor, ineficaz, a declaração dos nubentes, uma vez que já se encontram unidos pelo vínculo matrimonial.

Estabelecida, assim, a localização do ato de celebração no núcleo do suporte fático do casamento, é preciso, neste passo, afastar a concepção segundo a qual o negócio jurídico matrimonial ostentaria natureza pública, dada a presença do ato declarativo da autoridade ao lado da declaração de vontade dos nubentes.

Cumpra advertir, entretanto, com Pontes Miranda, que essa participação do Estado não desloca para o direito público o negócio jurídico. “O que importa é a declaração ou manifestação de vontade elemento nuclear, sobre a qual incide a regra jurídica: se essa regra é de direito privado, negócio jurídico privado é que resulta da sua incidência. O ato do funcionário estatal é de direito público, como ato de exercício da sua competência; não como elemento do suporte fático do negócio privado”¹³⁸.

7.3.1 Competência Da Autoridade Celebrante

O casamento, demais disso, deve ser celebrado por uma autoridade que seja competente. A competência da autoridade celebrante, sim, constitui-se em requisito de validade do negócio jurídico matrimonial, como resulta do art. 208 do Código Civil.

No entender de Clóvis Beviláqua, no que é seguido por Caio Mário da Silva Pereira, o legislador não fez distinção entre a incompetência absoluta e relativa, de modo que, tanto num, como noutro caso, a sanção será a mesma, ou seja, a nulidade. Diz o primeiro dos autores citados: “Se a autoridade for incompetente, de modo absoluto, *ratione materiae*, ou relativamente, por não se estender a sua jurisdição ao lugar onde o casamento foi celebrado, o ato é nulo, por defeito de forma”¹³⁹.

A outra vertente de interpretação, liderada por Pontes de Miranda, parece gozar da preferência entre os autores nacionais. Segundo ela, “Casamento nulo por incompetência do presidente

¹³⁸ Tratado de Direito Privado; tomo III; p.22.

¹³⁹ Código Civil Comentado; p. 56.

do ato é o que se fez perante autoridade ou juiz de casamento. Se o presidente não é autoridade competente *ratione materiae*, o casamento não é nulo. É menos: é inexistente (...) Casamento nulo é celebrado por autoridade incompetente *ratione loci*, ou *ratione personarum*, porém competente *ratione materiae*”¹⁴⁰.

Nas legislações estrangeiras, dentre as quais a da Alemanha e de Portugal, a incompetência funcional da autoridade celebrante acarreta a inexistência, e não simplesmente a nulidade do matrimônio.

No que se refere à incompetência *ratione personarum*, aquela que ocorre quando o casamento vem a ser celebrado perante juiz que não é o do local da residência dos nubentes, registra-se uma leve tendência da jurisprudência em se evitar a nulidade, dada a desproporcionalidade de uma tal sanção. “De resto, não há nulidade por incompetência *ratione personarum* nem no Direito italiano, nem no alemão”¹⁴¹.

De resto, cabe-nos, ainda, examinar as duas outras hipóteses levantadas quanto à localização do ato de celebração. Pela segunda delas, a celebração estaria localizada no suporte fático do casamento, mas não mais como seu elemento nuclear, mas como elemento completante, constituindo, assim, um requisito de validade. Esta é a configuração do matrimônio canônico, no qual o sacerdote desempenha um papel de mera testemunha qualificada, “cuja presença se tornou necessária, sob pena de invalidade do ato, a partir do Concílio de Trento, decreto “Tametsi” para se evitarem os matrimônios clandestinos”¹⁴².

Esta tese esbarra, entretanto, na figura do concubinato, não podendo, assim, ser aceita. Senão vejamos. Constituindo o próprio ato de celebração um requisito de validade, um eventual casamento realizado sem a presença de uma autoridade, a despeito de nulo, existirá juridicamente. Pense-se, assim, num casamento religioso. Será ele, a se adotar esta concepção, um verdadeiro casamento, assim sendo considerado pelo ordenamento jurídico, mas com um defeito invalidante, pela ausência da autoridade

¹⁴⁰ Tratado; tomo VII; p. 233

¹⁴¹ José Lamartine Corrêa de Oliveira; op cit., p. 228.

¹⁴² Luiz José de Mesquita; op. cit., p. 11.

celebrante. É certo, entretanto, que, pelo direito positivo, uma tal união não passa de um mero suporte fático que poderá, atendidos os seus pressupostos, vir a sofrer a incidência das normas referentes ao concubinato.

Mereceu este entendimento a crítica de Cariota Ferrara, no sentido de que “vi è una differenza incolmabile fra matrimonio e i negozi solenni, privati o pubblici: in queste la forma è mero requisito di validità (con conseguente nullità del negozio, in mancanza di esso); il matrimonio è, invece, inconcepibile se non compiuto innanzi all’ufficiale dello stato civile, per modo che esso è proprio inesistente, se posto in essere senza l’intervento e la dichiarazione di lui”.

Pela derradeira hipótese sugerida, o ato de celebração estaria fora do suporte fático do casamento, não influenciando, conseqüentemente, nem para a sua existência, nem para a sua validade. Não é preciso dizer que também esta tese esbarra na figura do concubinato, além de quebrar a unidade do instituto do casamento, não sendo, assim, de se aceitar.

8) CONCLUSÕES

I – Das considerações históricas e teóricas que fizemos a respeito da natureza jurídica do casamento, somos forçosamente levados a concluir que não se subsume este instituto à categoria dos contratos, por ostentar estes, de um lado, um conteúdo essencialmente patrimonial, e, de outro, uma estrutura com contraposição de interesses.

II – Embora aparentemente possa parecer uma questão meramente terminológica, sem efeitos concretos, pensamos, pelo contrário, tratar-se de uma questão altamente relevante a determinação da real natureza jurídica do casamento, uma vez que é da natureza jurídica de um instituto que se define o regime jurídico a ele aplicável. Assim, se discordamos da classificação deste instituto como um contrato, é porque se assim o fizermos, o regime jurídico a ele aplicável seria o de direito das obrigações, quando é evidente que o regime jurídico do casamento é um regime especial, de direito da família. Impertinentes são,

conseqüentemente, as tentativas de adjetivar o termo contrato, como através da expressão contrato de direito de família, pois um instituto ou é contrato, ou não é: *tertium non datur*.

III – Descartando a figura do contrato, pensamos poder subsumir o instituto do casamento na categoria dos “acordos” (*Vereibarungen, Accordo, Agreement*), que são negócios jurídicos, desenvolvidos pela doutrina alemã, que apresentam, como signo distintivo, a unificação de feixes paralelos de interesses, voltados à realização de um escopo comum. Tal nos parece ser o que ocorre com o casamento, em que ambos os nubentes manifestam interesses convergentes à realização do escopo de formar um núcleo social fundamental, que é a família.

IV – A tomada de posição em relação à natureza negocial do casamento, afastando, assim, a sua natureza institucional, permite-nos visualizá-lo sob os planos da existência, da validade e da eficácia. O casamento, enquanto negócio jurídico, apresenta um suporte fático composto, integrado, nuclearmente, pela diversidade de sexos, pelas declarações de vontade e, finalmente, pela celebração.

V – No que pertine ao primeiro dos elementos apontados, é necessário submetê-lo a uma análise despojada de preconceitos, impondo-se uma nova postura em relação a todos os grupos sociais, sem discriminação. É a própria Constituição Federal que impõe esta nova visão, ao assegurar, a qualquer pessoa, o direito à livre opção sexual, além de erigir em fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana.

VI – Especificamente em relação ao casamento envolvendo transexual, é de se louvar a atitude do Professor Antônio Chaves, que, há mais de dez anos, já defendia a outorga de autorização para mudança de sexo a estas pessoas e, conseqüentemente, a sua união através do matrimônio. A lei italiana a respeito da questão parece-nos de extrema felicidade, uma vez que protege não só os interesses do transexual, como também do outro cônjuge. Assim, é de se preconizar, igualmente para o Brasil, a aprovação de uma lei que autorize os transexuais, e somente eles, mediante prévia indicação médica, a se submeter a operações de mudança de sexo, com a conseqüente retificação do assento de nascimento. Estar-se-

ia permitindo, assim, também o casamento destas pessoas com pessoas de seu sexo de origem, que seria protegida de duas maneiras: casando-se ela com um transexual já operado, e desconhecendo esta situação, facultar-se-lhe-ia a anulação do casamento; caso ela se case com uma pessoa do seu sexo oposto, que, posteriormente, venha a se submeter a uma cirurgia de retificação de sexo, passando, assim, a apresentar o mesmo sexo do seu consorte, abrir-se-lhe-ia a saída do divórcio.

VII – No que se refere ao elemento declaração de vontade, pensamos ser juridicamente correta a solução esposada por alguns países europeus, que erigiram a simulação a causa de anulação do casamento, notadamente naqueles casos em que uma, ou ambas as partes buscam, através do casamento, a consecução de objetivos totalmente incompatíveis com a dignidade do instituto matrimonial. Diante da ausência da causa final, tecnicamente correto é considerar o casamento simulado anulável, de modo que seria de bom alvitre que o projeto de Código Civil contemplasse esta causa de anulabilidade matrimonial.

VIII – Quanto à celebração, entendemos tratar-se ela de elemento nuclear do suporte fático e, portanto, elemento de existência do negócio jurídico matrimonial. Fosse ela simples requisito de validade, ou fator de eficácia, não haveria como se distinguir entre a figura do casamento e do concubinato.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN, Mariano Lopez; *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*; 5ª ed.; Madrid, Tecnos.
- ALBERTARIO, Emilio; *La definizione del matrimonio secondo Modestino*; in “Studi in memoria di Aldo Albertoni”, Cedam; Padova; 1935; vol. I.
- ALMADA, Ney de Mello; *Consentimento Matrimonial*; in Revista dos Tribunais (RT); vol. 653; 1990.
- ANDRADE, Manuel Domingues de; *Teoria Geral da Relação Jurídica*; vol. 2 Almeida; Coimbra.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; *Istituzioni di Diritto Romano*; 14ª ed. riv.; Napoli; Jovene; 1978.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça; *Do Concubinato ao Casamento de Fato*; 2ª edição; Edições Cejup; Belém; 1987.

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de; *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*; s.e.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de; *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*; 2ª edição; Editora Saraiva; 1986
- BETTI, Emilio; *Teoria Geral do Negócio Jurídico*; tomos I e II; Coimbra Editora; 1969.
- BEVILAQUA, Clóvis; *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado*; 3ª edição; Francisco Alves; Rio de Janeiro; 1935.
- BONFANTE, Pietro; *Istituzioni di Diritto Romano*; Turim; 1966.
- BROMLEY, P. M. et. al.; *Family Law*; 7 th ed.; London: Butterworths; 1987.
- CHAVES, Antônio; “Operações Cirúrgicas de Mudança de Sexo: A recusa da Autorização de retificação de registro civil”; in RT 679/07.
- COSTA, Carlos C. Orcesi; *Tratado do Casamento e do Divórcio*; Saraiva 1987.
- DE RUGGIERO, Roberto; *Instituições de Direito Civil*; vol. II; Saraiva; São Paulo; 1957-1958.
- DIEZ-PICAZO, Luis; *Familia y Derecho*; Civitas; Madrid; 1984.
- ECHEVERRIA, Lamberto de et al.; *Código de Derecho Canónico*; Edición bilingüe comentada; Tercera ediciona; La editorial Catolica S.A.; Madrid.
- FERRARA, Luigi Cariota; *Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*; Morano Editore; Napoli; 1949.
- FERREIRA, Waldemar; *O casamento religioso de efeitos civis*; Typ. Siqueira; São Paulo; 1935.
- FINOCCHIARO, Francesco; *Matrimonio Civile, Formazione, Validità, Divorzio*; 2ª ed., Dott. A. Giuffrè Editore; 1989.
- JEMOLO, Arturo Carlo; *Il Matrimonio*; 3ª ed.; UTET; Torino; 1961
- KRAMER, Larry; *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*; in The Yale Law Journal may/1997.
- LOWE, N. V, et al.; *Family Law*; 7 th ed.; London: Butterworths; 1987.
- MANCA, Antonio; *Accordo*; in Novissimo Digesto Italiano; vol. I.
- MELLO, Marcos Bernardes de; *Teoria do Fato Jurídico*; Editora Saraiva; 1985.
- MESQUITA, Luiz José de; *Nulidades no direito matrimonial; a condição, a simulação e a reserva mental no direito canônico e no direito civil*; Editora Saraiva; São Paulo; 1961.
- MOREIRA ALVES, José Carlos; *Direito Romano II*; 4ª edição; Forense; Rio de Janeiro; 1986.
- MUNIZ, Francisco José Ferreira et al., *Direito de Família (Direito Matrimonial)*; Sérgio Antônio Fabris Editor; Porto Alegre; 1990.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa et al.; *Direito de Família (Direito Matrimonial)*; Sérgio Antônio Fabris editora; Porto Alegre; 1990.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota; *Teoria Geral do Direito Civil*; 3ª edição Coimbra Editora; 1991.
- PIOLA, Giuseppe; *Matrimonio*; in *Novissimo Digesto Italiano*.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; tomo III; Editor Borsoi; Rio de Janeiro; 1954.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante; *Tratado de Direito Privado*; tomo VII; Editor Borsoi; Rio de Janeiro; 1955.
- RODRIGUES, Silvio; *Direito Civil, Direito de Família*; vol. 6; 19ª edição; Saraiva; 1994.
- ROPPO, Enzo; *O Contrato*; Almeida; Coimbra; 1988.
- SCHULZ, Fritz; *Derecho Romano Clásico*; Bosch; Barcelona; 1960.
- TAMBURRINO, Giuseppe; *Lineamenti del Nuovo Diritto di Famiglia Italiano*; 2ª ed.; UTET.
- VARELA, Antunes; *Direito da Família*; Livraria Petrony; Lisboa; 1982.
- VARELA, Antunes; *Das Obrigações em Geral*; vol. I; 5ª edição; Livraria Almeida; Coimbra; 1986.